Die Gemeinschaft
nach ihrer dinglichen Seite hin.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Universität
Marburg

vorgelegt von

Ernst Boesebeck
Referendar aus Frankfurt a. M.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1914.

Referent: Professor Dr. F. Leonhard.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Geschichtliche Einleitung 1

Erster Hauptteil.

Das geltende Gemeinschaftsrecht.

A. Entstehung der Gemeinschaft.

§ 2. Gegenstand der Gemeinschaft 4
§ 3. Insbesondere der Besitz 6
§ 4. Insbesondere Forderungen 8
§ 5. Sondervorschriften 13

B. Bestehen der Gemeinschaft.

§ 6. Anteil 14
§ 7. Früchte, Kosten und Lasten 16
§ 8. Gebrauch und Besitz 18
§ 9. Verwaltung.
a) Unmittelbare gesetzliche Regelung 23
b) Vereinbarung der Gemeinschafter 26
c) Mehrheitsbeschlüsse 27
d) Regelung auf Verlangen eines Teilhabers 34
§ 10. „Verdinglichung" der Verwaltungs- (und Teilungs-) Abreden . . . 35
§ 11. Verfügung 40
§ 12. Geltendmachung der dinglichen Klagen 44

C. Endigung der Gemeinschaft.

§ 13. 47

Zweiter Hauptteil.

Die innere Struktur der Gemeinschaft.

§ 14. Das Problem 52
§ 15. 1. Sachteilungstheorien 54
§ 16. 2. Wertteilungstheorien 56
§ 17. 3. Rechtsteilungstheorien 58
a) Die Fruchtziehungsbefugnis 61
b) Veräußerung, Verfügung und Geltendmachung der Eigentumsansprüche 62

Seite
c) Besitzbefugnis 64
d) Befugnis zur Vornahme tatsächlicher Einwirkung 66
Resultat.
§ 18. 4. Theorien, die auf einheitliche Begriffsfestlegung verzichten . . . 68
§ 19. 5. Theorie des mehrfachen Volleigentums und ihr nahestehende Konstruktionsversuche 69
§ 20. 6. Theorie der Gesamtzuständigkeit 71
§ 21. Der Anteil seiner juristischen Natur nach 78
§ 22. Praktische Folgerungen 80
§ 23. Miteigentum und andere Gemeinschaften 83

Literaturverzeichnis.

Barth, Der Grundbegriff der rechtlichen Teilung. 1850.

Behn, Wilh., Gemeinschaft nach Bruchteilen. Rostocker Diss. 1900.

Bekker, E. J., System des heutigen Pandektenrechts. Bd. 1. 1886, 1889.

Bernards, Josef, Die Gemeinschaft. Rostocker Diss. 1903.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1903.

Biermann, Bürgerliches Recht. Bd. 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht. Berlin 1908.

Biermann, Anzeige Sohms. Im Zentralblatt für Rechtswissenschaft Bd. 25 S. 111 ff.

Binder, Vermögensrecht und Gegenstand. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 34.

Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. 1907.

Binder, Der Gegenstand. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 59.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben. Bd. 3. 1904.

Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts. 1885.

Brinkmann, Verhältnis der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zueinander. 1855.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 1873.

Du Chesne, Die Vermutung des § 752 und das Grundbuchrecht. In der Rheinischen Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 1909 S. 459 ff.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. 1913.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 2. 1900, 1902.

Czyhlarz, De acquirendo rerum dominio. In Glücks Pandekten Bd. 41, 42, 1887, S. 1 ff.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 7./8. Aufl.

Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm.

Denkschrift zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1895/96.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 1902.

Dernburg, Die Lehren des preußischen Privatrechts und die Privatrechtsnormen des Reiches. Bd. 1. 1884.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. 1905—1908.

Diez, Zur Lehre vom Miteigentum nach römischem Recht und nach dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1888.

Duncker, Gesamteigentum. 1843.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1903/04.

Eck, Besprechung von Steinlechner. In der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 19, 1876, S. 223 ff. und Bd. 21, 1878, S. 118 ff.

Eck, Die doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen Rechts. 1870.
Eisele, Zur Lehre vom Miteigentum. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 63, 1880, S. 27 ff.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8./9. Aufl.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1901.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6./7. Aufl. 1913.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit.: RG.)
Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen. (zit.: OLG.)
Eulenstein, Aufhebung einer Gemeinschaft an Grundstücken und das Recht, die Aufhebung derselben zu verlangen. In den Justizdienstlichen Blättern Bd. 1 S. 60.
Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1909.
Früchte, Heinrich, Die Rechte des Mitbesitzers. Göttinger Diss. 1912.
Fuchs, Grundbuchrecht, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Grundbuchordnung. 1906—1908.
Fuchs, Martin, Vermögen und Vermögensverwaltung. Ein Versuch zur Konstruktion des Vermögensbegriffes im heutigen Recht. 1912.
Gaul, Inwieweit ist die Sachlage während des Bestehens einer Gemeinschaft (§§ 741—758 BGB.) praktisch bequemer ausgestaltet als derselbe Zustand der gemeinrechtlichen communio incidens. Leipziger Diss. 1902.
Geib, Die rechtliche Natur der actio communi dividundo. Tübinger Diss. 1882.
Gierke, Personengesamtheiten und Vermögensinbegriffe nach dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1897.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1, 2. 1895—1905.
Gierke, Genossenschaftsrecht. 1868/1881.
Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit. 2. Aufl. 1902.
Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.
Girtanner, Die Rechtsstellung der Sache und der Eigentumsbegriff usw. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 3, 1859, S. 58 ff.
Glück, Erläuterungen der Pandekten.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. 2. Aufl. 1904.
Göppert in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 31 S. 560.
Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigentum. 1864.
Grimm, Die juristische Natur des Miteigentums. Heidelberger Diss. 1909.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des preußischen und deutschen Rechts.
Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag. Tübinger Diss. 1904.
Hedemann, J. W., Besprechung Sohms. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 31 S. 322 ff.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 2. Aufl. 1910.
Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Leipzig 1903.
Hesse, Beiträge zur Lehre von dem Miteigentum und der communio. Im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 4, 1867, S. 113 ff.
Hirsch, Teilbarkeit des Eigentums. Hallenser Diss. 1900.

ten Hompel, Die juristische Natur des Miteigentums. Leipziger Diss. 1906.

Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 1888.

Ihering, Der Besitzwille. 1889.

Ihering, Über den Grund des Besitzschutzes. 1869.

Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 49 Abt. 1 und Bd. 51 Abt. 2.

Johow-Ring, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts. (zit.: KGJ.)

Juristische Wochenschrift.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. 1901.

Kattausch, Karl, Die Anteile der Miteigentümer und Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen. Gießener Diss. 1911.

Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen. In den Fischerschen Abhandlungen Bd. 22 Heft 2.

Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts. 1839.

Kipp, Erbrecht. 1913.

Kisch, Beiträge zur Urteilslehre. Leipzig 1903.

Klingmüller, Besprechung Sohms. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 31 S. 486.

Knoke, Das Recht der Gesellschaft. 1901.

Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete des gemeinen und französischen Zivilrechts. Abt. 1, 1883, S. 167 ff.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1.

Kohler, Über Anlagen an der Grenze usw. In Puchelts Zeitschrift für französisches Zivilrecht Bd. 8, 1877, S. 130 ff.

Kohler, Das Autorrecht. In Iherings Jahrbüchern Bd. 18, 1880, S. 129.

Konopack, Die Institutionen des römischen Privatrechts. 1824.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.

Kretzschmar, Die rechtliche Natur der in § 1010 BGB. bezeichneten Eintragungen. Im Recht 1902.

Krosnopolsky, Besprechung Rümelins. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 12, 1885, S. 501 ff.

Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1898.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1893.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Erläutert. Berlin 1898.

Lammfromm, Teilung. Leipzig 1897.

Leonhard, F., Das römische Recht. In Birkmeyers Enzyklopädie S. 1 ff. Berlin 1912.

Leonhard, F., Die Beweislast. Berlin 1904.

Leonhard, R., Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Maenner, Das Sachenrecht nach Bürgerlichem Gesetzbuch und Grundbuchordnung. 1906.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1900.

Merkel, Besprechung v. Scheurls. In der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 28, 1886, S. 1 ff.

Meurer, Die juristische Person nach Reichsrecht. 1901.

Meyer, Hermann, Die Eigentumsverhältnisse an einem in eine offene Handelsgesellschaft eingebrachten Grundstück. Jenaer Diss. 1902.

Miescher, Die Besitzinterdikte unter Miteigentümern. Heidelberger Diss. 1876.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1888.

Müller, Albert, Das Wesen der Gesellschaft und Gemeinschaft und die Abgrenzung dieser beiden Rechtsverhältnisse voneinander im römischen Recht und im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipziger Diss. 1905.

Nagler im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 10 S. 700 ff.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1905.

Neumann, Jahrbücher des deutschen Rechts. 1900—1912.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 3. Aufl. 1903/04.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Pflüger, Über das Wesen der Dinglichkeit. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 79 S. 406 ff.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903—1906.

Plathner, Miteigentum an Grundstücken. In der Juristischen Wochenschrift 1847.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Proß, Friedrich, Hat der Miteigentümer die dinglichen Klagen gegen die anderen Miteigentümer und gegen Dritte? Heidelberger Diss. 1907.

Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht. 1865.

Randa, Das Eigentumsrecht. 1893.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. 1912.

Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. 1893.

Regelsberger, Besprechung Steinlechners. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 3, 1876, S. 700 ff.; Bd. 6, 1879, S. 742 ff.

Reichel, Die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme). In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 19. München 1909.

Reichel, Die Vormerkung eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Iherings Jahrbüchern Bd. 46 S. 27 ff.

Rümelin, Zur Lehre von der Teilbarkeit der Rechte. In Iherings Jahrbüchern Bd. 28, 1889, S. 386 ff.

Rümelin, Die Teilung der Rechte. 1883.

Sänger, Gemeinschaft und Rechtsteilung. Gießen 1913.

Savigny, Das Obligationenrecht. 1851.

Savigny, Recht des Besitzes. 1865.

v. Scheurl, Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten. 1884.

v. Schey, Über Rechtsverwandlungen. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 8, 1881, S. 110 ff.

Schloßmann, Der Begriff des Eigentums. In Iherings Jahrbüchern Bd. 45, 1903, S. 289 ff.

Schnell, Die Quotenfrage bei der offenen Handelsgesellschaft. Marburg 1913.

Schott, Über Zession von Korrealobligationen. Breslauer Diss. 1897.
Schüler, Miteigentum an Grundstücken. Leipziger Diss. 1909.
v. Seeler, Die Lehre vom Miteigentum nach römischem Recht. Abt. 1. 1896.
v. Seeler, Das Miteigentum nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Abt. 2. 1899.
Seufferts Archiv.
Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 13. Aufl. 1908.
Sohm, Der Gegenstand, ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1905.
Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28.
Sohm, Noch einmal der Gegenstand. In Iherings Jahrbüchern Bd. 53. 1908.
Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht. Bd. 1: Sachkörper und Sachinbegriff. 1902.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1910.
Steinlechner, Das Wesen der juris communio und der juris quasicommunio. 1876—1878.
Thalmessinger, Hugo, Begriff der Gemeinschaft und die Geltung von Mehrheitsbeschlüssen. Tübinger Diss. 1899.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1910.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 1906/07.
Ubbelohde, Die Lehre von den unteilbaren Obligationen. 1862.
Vogt, Zur Theorie der Handelsgesellschaften, insbesondere der Aktiengesellschaft. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 1, 1858, S. 477 ff.
Wächter, Über Teilung und Teilbarkeit der Sachen und Rechte. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 27, 1844, S. 155 ff.
Wächter, Pandekten. 1881.
Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.
Warnkörnig, Über teilbare und unteilbare, geteilte und ungeteilte Rechte. In Roßhirts Abhandlungen Bd. 3, 1839, S. 67 ff.
Wilke, Die Klagen der Mitbesitzer gegeneinander. Berliner Diss. 1890.
Wilutzky, Die Verfügungen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28, 1906, S. 53 ff.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 3./4. u. 9. Aufl. (1906), bearbeitet von Kipp.
Wolff, Martin, Lehrbuch des Sachenrechts. 4./5. Aufl. 1910.
Wolff, Martin, Besprechung v. Seelers. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 49 S. 637.
Wolff, Martin, Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In Iherings Jahrbüchern Bd. 44.
Zimmermann, Über die Teilung unter wenigen von mehreren Kommunionsinteressenten. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 34, 1851.

„Die Jurisprudenz, um wahrhaft praktisch zu sein, darf sich nicht auf praktische Fragen beschränken."
(Jhering, Geist des römischen Rechts Bd. 2 S. 411/12.)

Geschichtliche Einleitung.

§ 1.

Mit dem Ausdruck Gemeinschaft bezeichnet man im weiteren Sinne allgemein das Rechtsverhältnis, welches auf Grund der Tatsache besteht, daß ein und dasselbe Recht mehreren Personen zusteht.

Die Geschichte der Rechtsgemeinschaft wird beherrscht durch den Gegensatz zwischen römischrechtlichem Miteigentum und deutschrechtlichem Gesamteigentum.

Die eine Wurzel, der wir zwecks völligen Verständnisses des heutigen Rechtszustandes nachgehen wollen, finden wir in den gesamthänderischen, ursprünglich familienrechtlichen Gemeinschaften des germanischen Rechts.[1] Charakteristisch ist diesen Gesamthandschaften das Überwiegen der Gemeinschaftssphäre, die mehr oder weniger enge personenrechtliche Bindung der beteiligten Personen, die es regelmäßig dem einzelnen unmöglich machte, durch Veräußerung seines Anteils den Gemeindern eine fremde Person als Genossen aufzudrängen. Im Gegensatze zu dem römischen Recht legte ferner das germanische Recht Gewicht auf den Entstehungsgrund der Gemeinschaft, und nach der personenrechtlichen Grundlage, je nachdem das gemeinschaftliche Band straffer angezogen oder gelockerter war, wurden die Sonder- und Gesamtsphäre, immer aber unter Vorherrschaft der letzteren, gegeneinander abgegrenzt.

---

[1]) vgl. die geschichtliche Darstellung bei Gierke, DPrivR. Bd. 1 § 80.

Das Gesamthandsprinzip gelangte im deutschen Recht auf allen Rechtsgebieten, öffentlichem wie privatem Recht, zu großer Verbreitung. Aus der tiefwurzelnden Verbreitung und der Lebensfähigkeit des Prinzips erklärt sich, daß die gesamte Hand in der Rezeptionszeit dem starken Angriff der römischrechtlichen individualistisch gestalteten communio, wenn sie auch vorübergehend zurückgedrängt wurde, auf die Dauer wenigstens standzuhalten vermochte.[1]) Die romanistische Lehre versuchte allerdings, wie in manch anderer Materie, die Gesamthandschaften als römischrechtliche communio bezw. societas zu erklären und römischen Denkformen zu unterwerfen, wobei sie sich genötigt sah, „deutschrechtliche Modifikationen“ anzuerkennen.[2]) Auf die Dauer jedoch konnte sie naturgemäß mit dieser Betrachtungsweise nicht durchdringen. So bringt denn auch unser heutiges Recht in verschieden starker Ausprägung das Gesamthandsprinzip bei zahlreichen Rechtsgemeinschaften zur Anwendung.

Unserer heutigen Gemeinschaft in dem engeren Sinne des § 741 BGB., von der in dieser Arbeit allein die Rede sein soll, ist dagegen individualistisch ausgestaltet und wird mit Recht als Weiterentwicklung der römischrechtlichen communio aufgefaßt.[3]) Dieser verdankt sie in erster Linie ihre Stellung im Systeme. Gleich dem römischen Rechte legt das Bürgerliche Gesetzbuch bei ihr maßgebendes Gewicht auf die auf Grund der Rechtsgemeinschaft zwischen den Genossen entstehenden obligatorischen Beziehungen und fügt die Gemeinschaft demgemäß als „obligatio quasi ex contractu“ dem Schuldrecht ein. Dem deutschen Rechte lag es im Gegensatze hierzu näher, auf die dingliche Seite als besondere Zuständigkeitsform das Hauptgewicht legend, die Gemeinschaft, meist allerdings nur das Miteigentum als Hauptanwendungsfall, im Sachenrechte zu behandeln. Auch im übrigen hat das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn man davon absieht, daß es das Anwendungsgebiet der Gemeinschaft durch weitgehende Einführung

---

[1]) vgl. bayr. Landrecht von 1756 Teil II § 16; bad. Landrecht von 1809 Art. 577; vor allem ALR. Titel 17 und hierzu Sänger a. a. O. S. 62.

[2]) vgl. insbes. Duncker, Gesamteigentum S. 1 ff. und unter spezieller Berücksichtigung des ALR. Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigentum S. 1 ff.

[3]) vgl. z. B. Eck, Vorträge Bd. 1 S. 557.

gesamthänderischer Gemeinschaften stark eingedämmt hat, sich im Gebiete des Gemeinschaftsrechts im wesentlichen an die geschichtliche Entwicklung des römischen Rechts angeschlossen und sich allzugroßer Um- und Neubildungen enthalten. Immerhin finden sich einige wichtige Änderungen, die durchweg geeignet sind, die Sachlage insbesondere während des Bestehens einer Gemeinschaft praktisch bequemer auszugestalten. Bezeichnenderweise haben die Änderungen dadurch zum großen Teile die Tendenz, die Gemeinschaft genossenschaftlicher zu gestalten und den deutschrechtlichen Gesamthänderschaften anzunähern.

Auf die geschichtliche Entwicklung im einzelnen wird bei den entsprechenden Kapiteln des Gemeinschaftsrechts ausführlich eingegangen werden.

Erster Hauptteil.

Das geltende Gemeinschaftsrecht.

A. Entstehung der Gemeinschaft.

Eine Gemeinschaft nach Bruchteilen gelangt zur Entstehung, wenn 1. mehreren ein Recht gemeinschaftlich zusteht und 2. keine der für eine Reihe von Mitberechtigungen gegebenen Sondervorschriften eingreift.

Zu 1.

§ 2.

Gegenstand der Gemeinschaft.

Ein Recht muß mehreren gemeinschaftlich zustehen. Es handelt sich demnach nicht um Gemeinschaftsverhältnisse, wenn mehrere zwar in Ansehung desselben Gegenstandes, aber in verschiedener Weise berechtigt sind. Eine Gemeinschaft liegt weder vor, wenn Nießbrauch und Eigentum an einem Grundstück zusammentreffen, noch wenn dem Nießbrauch nur ein Teil des letzteren unterworfen ist (bezüglich des letzteren Falles vgl. § 1066 BGB.). Nicht sonderlich bezeichnend redet man hier von einer „tatsächlichen Gemeinschaft“. Beim Fehlen von Sondervorschriften dürfte allerdings nach jedesmaliger Prüfung der Wesensgleichheit der rechtlich erheblichen Elemente des geregelten und des zu beurteilenden Tatbestandes einer analogen Anwendung der Gemeinschaftsnormen auf gemeinschaftsähnliche Fälle nichts im Wege stehen.[1])

---

[1]) vgl. hierzu Mot. Bd. 2 S. 874; Prot. Bd. 2 S. 744; Planck Vorbem. zu § 741 I.

Gegenstand einer Gemeinschaft können nicht alle Rechte, wie es nach der Definition des § 741 scheinen könnte, sondern nur unteilbare oder wenigstens ungeteilte Vermögensrechte sein.[1]) Daß Familienrechte und Personenrechte nicht gemeinschaftsfähig sind, ergibt sich daraus, daß diese Rechte annexum einer persönlichen Eigenschaft (Personenrechte) oder dauernder Lebensbeziehungen (Familienrechte) sind und die persönliche Eigenschaft nur einem zustehen, die dauernde Lebensbeziehung nur zwei Personen verbinden kann. Mit der Begriffsfestlegung des Vermögensrechtes können wir uns hier nicht befassen. Es soll nur kurz auf die Sohmsche Lehre eingegangen werden, weil dieser seinen Gegenstandsbegriff ausdrücklich zur Festlegung der Gemeinschaftsfähigkeit verwendet und behauptet, nur „Gegenstände" in seinem Sinne könnten einer Gemeinschaft zugrunde liegen. Nach Sohm[2]) soll das gemeinsame Merkmal aller Vermögensrechte in der Verfügungsfähigkeit bestehen. Verfügungsfähig sind nach ihm alle Rechte, die durch Verfügungsgeschäft entweder begründet oder übertragen werden können. Die Sohmsche Gegenstandslehre ist überwiegend abgelehnt worden. Man hat ihr mit Recht vorgeworfen, daß die Verbindung von Gegenstand und Verfügung willkürlich ist, und daß infolgedessen der Gegenstandsbegriff in mancher Beziehung zu eng gefaßt wird, was wiederum gewisse Schwächen in der Denkweise und Widersprüche im Ergebnisse im Gefolge hat.[3]) Was speziell unsere Frage anlangt, so ließe sich die Verbindung der Gemeinschaftsfähigkeit mit der Verfügbarkeit nur

---

[1]) Wenn Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 286 schreibt, alle Rechte seien gemeinschaftsfähig, ist das wohl als Flüchtigkeit anzusprechen. Die Literatur ist hier recht nichtssagend; vgl. z. B. Planck zu § 741; Staudinger zu § 742.

[2]) Sohm, Der Gegenstand, ein Grundbegriff des BGB., Leipzig 1905; derselbe, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, im ArchBürgR. Bd. 28 S. 173; derselbe, Noch einmal der Gegenstand, in JheringsJ. Bd. 53 (1908).

[3]) vgl. Biermann, Anzeige Sohms, im ZBlRw. Bd. 25 S. 111 ff. und Lehrb. Bd. 1 S. 372; J. W. Hedemann im ArchBürgR. Bd. 31 S. 322 ff., Besprechung; Klingmüller in GrünhutsZ. Bd. 31 S. 486, Besprechung; Wilutzky, Die Verfügungen des BGB, im ArchBürgR. Bd. 28 S. 53 ff.; v. Tuhr, Allgem. Teil S. 312 Anm. 1; vor allem aber Binder, Der Gegenstand, in ZHR. Bd. 59 S. 1 ff. und Vermögensrecht und Gegenstand, im ArchBürgR. Bd. 34 S. 209, der Schritt für Schritt dem Gedankengange Sohms folgt und diesen widerlegt.

dann rechtfertigen, wenn eine Entstehung von Gemeinschaften nur durch verfügendes Rechtsgeschäft möglich wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Bei der Bruchteilsgemeinschaft werden allerdings Fälle nicht rechtsgeschäftlicher Entstehung selten sein. Man muß schon zu Tatbeständen wie Vermischung, Ersitzung der Quote eines Rechts und anderen mehr greifen. Häufig sind dagegen die Fälle einer kraft Gesetzes und nicht kraft rechtsgeschäftlicher Verfügung eintretenden Gesamthandsgemeinschaft (beispielsweise die bei vereinbarter Gütergemeinschaft eintetende Gesamtgutsgemeinschaft). Der § 1439 darf hier für die Konstruktionsfrage nicht herangezogen werden. Und der Begriff der Gemeinschaftsfähigkeit des Rechts muß doch wohl für die beiden Gemeinschaftsformen, Bruchteilsgemeinschaft und gesamte Hand, derselbe sein; ein Grund zu einer Verschiedenartigkeit ist nicht zu ersehen. Demnach ist die Benutzung des Begriffes der Verfügungsfähigkeit als Kriterium der Gemeinschaftsfähigkeit von Rechten als unzulässig abzulehnen.

Es können auch nicht alle Vermögensrechte, sondern nur unteilbare oder wenigstens ungeteilte Rechte den Gegenstand einer Bruchteilsgemeinschaft im Sinne der §§ 741 ff. bilden. Die Richtigkeit dieses paradox klingenden Satzes läßt sich nicht näher darlegen, ohne dem zweiten Teile dieser Arbeit vorzugreifen. In diesem wird nachgewiesen werden, daß Teilung und Gemeinsamkeit direkte Gegensätze bilden, daß das Eigentum insbesondere ein begrifflich unteilbares Recht ist, und daß sich von diesem Hauptanwendungsfall der Gemeinschaft auf andere Anwendungsfälle derselben schließen läßt.

§ 3.

Insbesondere der Besitz.

Ob es eine Gemeinschaft des bloßen Besitzes, nicht nur des dem gemeinschaftlichen Besitze zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses gibt, war schon im gemeinen Recht bestritten.[1]) Während

[1]) Dafür Rümelin, Teilung § 8 S. 110 ff.; dagegen Windscheid Bd. 1 § 419 N. 1.

sich die Motive (Bd. 2 S. 874) für eine Gemeinschaft des (gutgläubigen) Besitzes aussprechen, haben sich die Entwürfe und mit ihnen das Gesetzbuch einer Entscheidung über die praktisch gar nicht bedeutungslose Frage enthalten. Denn daraus, daß der Mitbesitz vom Bürgerlichen Gesetzbuch als möglich und zulässig behandelt wird (§§ 1081 Abs. 2 und 1206, vgl. auch § 866), kann nicht gefolgert werden, daß der Besitz Gegenstand einer Gemeinschaft im Sinne der §§ 741 ff. sein kann.

Vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus bietet sich keine Handhabe, zwischen gutgläubigem und bösgläubigem Besitz zu scheiden, wie das früher mitunter im Anschlusse an l. 7 § 4, 5 D. comm. Div. 10, 3 und l. 7 § 11 D. h. t. geschah, und wie das anscheinend noch die Motive (a. a. O.) wollen. Die Sachlage gestaltet sich vielmehr folgendermaßen: Will man den Besitz trotz seines provisorischen Charakters als Recht anerkennen,[1]) so besteht kein Grund, den Besitz nicht auch den §§ 741 ff. subsumieren zu wollen.[2]) Auch der Besitz ist, wenn man ihn als Recht auffaßt, zu den Vermögensrechten zu zählen.[3]) Die Frage, wie man sich hier die Teilung des Besitzes zu denken hat, fällt dann mit der allgemeinen, später zu behandelnden Frage zusammen, wie eine Berechtigung mehrerer in solidum zu konstruieren ist.

Faßt man den Besitz jedoch nicht als Recht auf, so wird sich wenigstens eine analoge Anwendung der Rechtssätze über die Gemeinschaft vertreten lassen.[4]) Seine Begründung findet dieses Analogieverfahren in dem überaus engen Zusammenhange,

---

[1]) Darüber herrscht nun schon seit 100 Jahren (Savigny) Streit, fruchtlos deshalb, weil es an einer klaren Entwicklung des Begriffes „Recht", also an der Grundlage der Betrachtung fehlt, vgl. die ältere Literatur bei Randa, Besitz § 3, die neuere bei M. Wolff, Lehrb. § 3 Anm. 5.

[2]) And. M. Windscheid-Kipp § 449 S. 441, der den Besitz, wenngleich Recht, wegen seiner besonderen Natur (?) von § 741 nicht mitverstanden wissen will.

[3]) vgl. v. Tuhr, Allgem. Teil S. 138 u. 316 Anm. 15; and. M. freilich Sohm, Gegenstand S. 26.

[4]) Cosack Bd. 2 S. 272; Crome Bd. 2 § 286 Anm. 19; Enneccerus § 403 Anm. 5; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 zu § 741, § 202 Anm. 7; Fischer-Henle Anm. 1 zu § 741; Mot. Bd. 2 S. 874, Bd. 3 S. 165; Planck Anm. 2 zu § 741 S. 435; Oertmann zu § 741 Nr. 4; Wolff, Mitbesitz S. 125 N. 89; and. M. anscheinend Sohm, Gegenstand S. 21.

in welchem der Besitz mit seinen vielen und wichtigen Rechtswirkungen und das Recht selbst stehen.[1]) Auch spricht für die Anwendung der Gemeinschaftsnormen auf eine Gemeinsamkeit des Besitzes ein starkes praktisches Bedürfnis. Könnte sich doch sonst der Fall ereignen, daß mehrere Mitbesitzer, zwischen denen in Ansehung der Sache eine Rechtsgemeinschaft nicht besteht, sich weder über die Ausübung noch die Auseinandersetzung ihres Mitbesitzes einigen könnten, und daß dadurch, da jede Ausübungshandlung eines Mitbesitzers sich als Besitzstörung darstellen würde, der Mitbesitz, der doch von unserem Rechte anerkannt wird, jeder praktischen Existenzfähigkeit beraubt werden würde.[2])

Es sei zum Schluß darauf hingewiesen, daß die einer Besitzgemeinschaft entspringenden Gemeinschaftsklagen keine Besitzklagen sind. Wenn z. B. nach § 745 Abs. 2 jeder Mitbesitzer auf Grund der bloßen Besitzgemeinschaft „eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen kann“, so handelt es sich um keine Besitzklage. Das ist insofern wichtig, als auf diese Weise die Gemeinschaftsansprüche nicht mit der Bestimmung des § 866 kollidieren. Deshalb darf der in seinem Mitbesitz beeinträchtigte Mitbesitzer keine Selbsthilfe gemäß § 859 anwenden. Insbesondere finden auch § 863, wonach Einreden aus dem Recht ausgeschlossen sind, und § 864 (Verjährung) gegenüber den Gemeinschaftsklagen keine Anwendung.[3])

§ 4.

Insbesondere Forderungen.

Es wird hier gewöhnlich die Frage aufgeworfen, ob auch Forderungen mehreren Personen gemeinschaftlich im Sinne der §§ 741 ff. zustehen können.

---

[1]) Dieser Zusammenhang gelangt insbesondere in der Iheringschen Besitzschutztheorie zum Ausdruck. Ihering nennt den Besitz „die Tatsächlichkeit des Rechts“, vgl. Ihering, Grund des Besitzschutzes.

[2]) vgl. hierzu insbesondere Randa, Besitz S. 504—506; außerdem Hesse im ArchPraktRw. N. F. Bd. 4 S. 129; Wilke a. a. O. S. 28; Mischer a. a. O. S. 169.

[3]) vgl. zu dem Vorhergehenden M. Wolff, Mitbesitz S. 125 N. 89.

Man wird diese Frage, die wenn auch nicht nur (Ordnung der Verwaltung, § 745 ?, Auseinandersetzungsanspruch, § 749 ?), so doch zum großen Teile theoretischer Natur ist, wohl verneinen müssen.[1])

Die herrschende Meinung faßt die Gemeinschaft in Konsequenz der Rechtsteilungsannahme als Mehrheit selbständiger und gleichartiger Rechte auf, die sich auf ein einheitliches ungeteiltes Objekt beziehen.[2]) Von diesem Standpunkte aus ist es allerdings mißlich,[3]) bei Forderungen eine Gemeinschaft zu konstruieren. Es fehlt bei ihnen die unmittelbare Beziehung auf ein Objekt, und wenn man als Objekt die Person des Schuldners betrachtet,[4]) läßt sich schwer darüber hinwegkommen, daß man dann alle Gläubiger desselben Schuldners als Gemeinschafter bezeichnen müßte.[5]) Interessant ist, wie das preuß. allgem. Landrecht,[6]) das eine Gemeinschaft an Forderungen kannte, sich über diese Konstruktionsschwierigkeiten hinweghalf. Es behandelte die Forderungen nicht selbst als Recht und konstruierte eine Forderungsgemeinschaft in Gestalt eines Miteigenstums an einer res incorporalis.[7]) Da der im übrigen auch unrömische Begriff der res incorporalis[8]) in dem landrechtlichen Sinne unserm Rechte fremd ist, kann man sich auf das allgem. Landrecht heute nicht berufen.

Nach der im zweiten Teile der Arbeit vertretenen Auffassung stehen uns die ausgeführten prinzipiellen Bedenken nicht entgegen. Dennoch können auch nach unserer Ansicht Forderungen de lege lata nicht den Gegenstand einer Gemeinschaft bilden.

---

[1]) So auch Enneccerus § 403 I, 1; Joerges a. a. O. Abt. 1 S. 179; Crome Bd. 2 S. 11 ff.; v. Tuhr, Allgem. Teil S. 87 ff.

[2]) Hierüber vgl. den 2. Teil.

[3]) „Undenkbar“ (Binder, Rechtsstellung Bd. 3 S. 47) ist vielleicht etwas zuviel gesagt.

[4]) Was bei Obligationen Gegenstand des Rechts ist, ist bekanntlich bestritten; vgl. Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 358.

[5]) vgl. hierzu v. Tuhr, Allgem. Teil § 3 S. 87; Binder, Rechtsstellung Bd. 3 S. 47.

[6]) ALR. I, 8 § 1, I, 11 § 376.

[7]) Gegen diese Auffassung des ALR. vgl. Göppert a. a. O. S. 18 ff.

[8]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 67.

Im einzelnen ist folgendes zu sagen. Zweifellos ist, daß eine Forderung mehreren Personen zur gesamten Hand zustehen kann, eben einfach in der Weise, daß sie zu einer Gesamthandsvermögensmasse, z. B. dem Vermögen einer Gesellschaft gehört.[1]) Was nun aber eine Gemeinschaft nach Bruchteilen anlangt, so ließe sich m. E. eine solche am ehesten noch bei den teilbaren Forderungen annehmen.[2]) Zwar wird durch das in § 420 enthaltene römischrechtliche Prinzip „nomina sunt ipso jure divisa", d. i. Zerlegung der Hauptforderung in selbständige Teilforderungen, die Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen, da durchgeführte Teilung und Rechtsgemeinschaft einander ausschließen. Jedoch könnte es nach unserem Bürgerlichen Gesetzbuch scheinen, als seien die Gesamtforderungen doch nicht in vollständig selbständige Einzelforderungen zerlegt. Hellwig weist darauf hin, daß auch in diesem Falle vertragliches (§ 356) wie gesetzliches (§ 327) Rücktrittsrecht, gemäß § 467 auch das Wandlungsrecht und schließlich die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 420 Abs. 1 Satz 2) nur von allen bezw. gegen alle geltend gemacht werden können. Auch die von Hellwig angezogenen §§ 502 u. 513 wären hier zu erwähnen. Was aber hier gemeinsam ist, ist nur die Ausübung der sich an die Teilforderungen anlehnenden unselbständigen Rechtsgestaltungsrechte.[3]) Also nicht einmal diese Kannrechte sind gemeinschaftlich.[4]) Daß durch Verzicht auf den Rücktritt und Wandlung seitens des einen Berechtigten auch das Recht der anderen

---

[1]) Enneccerus § 403 I, 1; Sohm, Gegenstand S. 63 Anm. 9; Oertmann Vorbem. zu § 741. Joerges Bd. 49 S. 179 Anm. 132a bestreitet das und hält diese Forderungen für gewöhnliche Gesamtforderungen ohne besondere dingliche Zuständigkeit, nur mit gebundener Verfügungsmacht. Er glaubt das anscheinend der von ihm vertretenen Theorie geteilter Mitberechtigung bei der gesamten Hand schuldig zu sein. Da er jedenfalls zugeben muß, daß diese Gebundenheit der Verfügungsmacht die Aufstellung einer besonderen Gruppe von Forderungen nötig macht, soll über die Berechtigung der Bezeichnung als Gesamthandsforderungen nicht gestritten werden.

[2]) Obwohl sich gerade hier die Literatur am einigsten dagegen ausspricht; and. M. nur Hellwig, Lehrb. Bd. 3 S. 110 Anm. 48.

[3]) vgl. zum folgenden v. Tuhr, Allgem. Teil S. 92.

[4]) Es ließe sich aber wohl auch bei gegenteiliger Annahme an der Selbständigkeit der Teilforderungen festhalten.

erlischt,[1]) erklärt sich ähnlich wie z. B. bei Gesamtforderungen die objektive Wirkung des Erlaßvertrages (§§ 429, 423) als eine infolge Gleichheit des Zweckes notwendigerweise eintretende Reflexwirkung.

Auch bei den Gesamtschuldverhältnissen der §§ 428 ff. handelt es sich nicht um eine Rechtsgemeinschaft. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es vermieden, zu einer der kontroversen Gesamtschuldtheorien, insbesondere zu der Einheits- und Mehrheitstheorie,[2]) Stellung zu nehmen. Dennoch ergibt die Regelung der gesamten Rechtsbeziehungen (vgl. insbesondere § 425), daß das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Gesamtforderung von der Mehrheitstheorie seinen Ausgang nehmend mehrere durch das Moment der Anspruchskonkurrenz verbundene, im übrigen aber selbständige Obligationen annimmt.[3]) Damit ist aber die Annahme einer Gemeinschaft abzulehnen.[4]) Aber selbst wenn man für das Bürgerliche Gesetzbuch die Einheitstheorie vertreten sollte, so würde doch die „subjektive Beziehung" in einer mit der Struktur der Gemeinschaft unvereinbaren Weise hervortreten müssen. Jeder Gesamtgläubiger kann entgegen der Vorschrift des § 747 selbständig ohne Mitwirkung der anderen die ganze Forderung einziehen (§ 428 Satz 2), also über das ganze Forderungsrecht verfügen. Eine Gemeinschaft im Sinne der §§ 741 ff. ist das nie und nimmer!

Bei den Forderungen auf eine unteilbare Leistung liegt der Fall insofern etwas zweifelhafter, als der Einzelgläubiger nicht Leistung an sich allein, sondern nur Leistung an alle verlangen kann.[5]) Die Selbständigkeit des Einzelrechts tritt hier

---

[1]) Beim Wiederkauf und Vorkauf tritt kraft positiver Vorschrift Anwachsung ein (§ 502 Abs. 2).

[2]) Bezüglich des leidigen gemeinrechtlichen Streites über das Wesen der Korreal- und bloßen Solidarobligationen s. die reichhaltige Literatur bei Windscheid Bd. 2 §§ 292, 293.

[3]) So die überwiegende Doktrin, z. B. Crome § 206 Nr. 22; Dernburg Bd. 2 § 161; Enneccerus Bd. 1,2 S. 253 Anm. 8; Hellwig § 37 IV, 1; Reichel, Schuldmitübernahme S. 27 ff.; v. Tuhr, Allgem. Teil S. 88; and. M. Schott, Zession von Korrealobligationen S. 76 ff.

[4]) So außer den bereits Zitierten Oertmann zu § 741; Goldmann-Lilienthal zu § 741.

[5]) vgl. die treffende kurze Charakteristik der Forderungen gemäß § 432 bei Enneccerus § 319 Anm. 7.

also weniger klar zutage, muß aber gleichwohl angenommen werden. Es erscheint unwahrscheinlich, daß das Gesetz die Forderungen aus § 432 anders als die aus den §§ 428 ff. konstruiert wissen will. Die Bestimmung des § 432 Abs. 2 wird als praktische Modifikation, nicht als Durchbruch des allgemeinen Prinzipes aufzufassen sein. Nach § 432 Abs. 2 wirken, abgesehen vom Gläubigerverzuge, alle Tatsachen, die nur in der Person eines Gläubigers eintreten, nur subjektiv. Man wird demnach bei den Forderungen gemäß § 432 eine Gemeinschaft nicht annehmen können.[1]) Da aber tatsächlich große Ähnlichkeit mit dem Fall des Miteigentums besteht[2]) (beim Miteigentum wird auch auf § 432 verwiesen), wird man, soweit es sich um das Verhältnis der Gläubiger zueinander handelt, eine analoge Anwendung der Gemeinschaftssätze (insbesondere der §§ 742, 743 Abs. 2, 745) befürworten müssen.

Schließlich wird auch durch die Abreden, daß eine nach § 420 in Teilforderungen zerfallende Forderung nur gemeinsam geltend gemacht werden könne, ein Gemeinschaftsverhältnis nicht geschaffen.[3]) Hier ist allerdings die Ungeteiltheit des Forderungsrechtes herbeigeführt, aber nur äußerlich, nicht bezüglich der inneren Struktur des gemeinschaftlichen Forderungsrechtes. Außerdem läßt sich[4]) darauf hinweisen, daß solche Abrede gemeinsamer Geltendmachung auch bei den verschiedenartigsten Forderungen eines oder mehrerer Gläubiger vorkommen kann.

Nun redet allerdings das Gesetz in § 754 von einer gemeinschaftlichen Forderung. Hier handelt es sich jedoch in der Hauptsache um Gesamthandsforderungen (vgl. §§ 731 Satz 2, 1427 Abs. 1, 2042 Abs. 2). Im übrigen wird man in § 754 „gemeinschaftlich“ nicht in streng technischem Sinne zu fassen brauchen, so daß man

---

[1]) So außer den am Anfange des Kapitels Angeführten Sohm, Gegenstand S. 23; and. M. Oertmann zu § 741; Komm. d. RGRäte zu § 741; Goldmann-Lilienthal zu § 741.

[2]) Im einzelnen führt das v. Tuhr, Allgem. Teil S. 89 aus.

[3]) And. M. Goldmann-Lilienthal Bd. 1 § 202 S. 787, S. 10—14; Oertmann zu § 741.

[4]) mit Enneccerus Bd. 1, 2 § 403 Anm. 6; zustimmend Komm. d. RGRäte zu § 741.

den Paragraphen auch auf Fälle wird anwenden dürfen, in denen eben eine Rechtsgemeinschaft abgelehnt worden ist.[1])

Zu 2.

§ 5.

Sondervorschriften.

Das allgemeine Gemeinschaftsrecht findet nur dann Anwendung, wenn keine der für eine Reihe von Mitberechtigten gegebenen Sondervorschriften eingreift. Es kann nicht unsere Aufgabe sein, diese Ausnahmevorschriften erschöpfend zusammenzustellen, vielmehr muß in dieser Hinsicht auf die Kommentare verwiesen werden. Um jedoch einen annähernden Überblick über das Anwendungsgebiet der Gemeinschaft zu bieten, sollen wenigstens die wichtigsten der Sonderregeln kurz Erwähnung finden.

Zunächst und vor allem scheiden von dem allgemeinen Gemeinschaftsrechte aus die Fälle der deutschen gesamten Hand, die gerade die im praktischen Leben am häufigsten vorkommenden Tatbestände umfassen. Es gehören hierher die Gesellschaft (§§ 705 ff., insbesondere §§ 718, 719) einschließlich der offenen Handelsgesellschaft (§ 105 HGB.), ferner die Gütergemeinschaften des Eherechts (§§ 1438 ff., 1483 ff., 1519 ff., 1549 ff. BGH.), die Rechtsverhältnisse der Miterben vor der Auseinandersetzung (§ 2032 BGB.) und schließlich die Reederei der §§ 484 ff. HGB. Außerdem können sich auf Grund bestehen gebliebenen Landesrechts Ausnahmen von der Regel des § 741 bilden, wobei es sich sowohl um besondere Vorbehalte zugunsten einzelner Gemeinschaftsverhältnisse (z. B. EG. z. BGB. Art. 83: Waldgenossenschaften, Art. 113: Gemeinheitsteilung, Art. 120 Abs. 2 Ziff. 1, 121, 119) wie auch um allgemein vorbehaltene Materien, innerhalb deren die Landesgesetzgebung Gemeinschaftsverhältnisse selbständig regelt (z. B. die Gewerkschaften im Bergrecht, Art. 67, die Gemeinschaften des Deich- und Sielrechts, Art. 66) handeln kann. Was hiernach für das allgemeine Gemeinschaftsrecht übrigbleibt, ist im Verhältnisse zu den aufgezählten „Ausnahmen“ beinahe geringfügig, so daß viel-

---

[1]) So offenbar auch Enneccerus § 406 Anm. 9.

leicht die Hauptbedeutung des allgemeinen Gemeinschaftsrechts darin gesehen werden kann, daß Teile desselben auch auf Fälle der gesamten Hand Anwendung finden (vgl. insbesondere die §§ 781, 1477 Abs. 1, 1546, 1489, 1549, 2042, wo die Vorschriften über die Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft auch auf die Auseinandersetzung bei den gesamthänderischen Gemeinschaften für anwendbar erklärt werden).

Dagegen können sich auf Grund von Parteiverabredung keine Ausnahmen von der Regel des § 741 bilden. Das Prinzip der Anteilsberechtigung mit den sich hieraus ergebenden Konsequenzen kann durch Vertrag der Gemeinschafter nicht mit dinglicher Wirkung gegen Dritte ausgeschlossen werden. Nur insoweit die Vorschriften über die Gemeinschaft nicht sachenrechtlichen Charakter tragen, stellen sie nachgiebiges Recht dar.[1]) Unmöglich ist es, eine Gemeinschaft nach Bruchteilen in eine solche zur gesamten Hand umzuwandeln, wobei allerdings zu bemerken ist, daß die Parteien mittelbar die Gemeinschaftsregeln außer Anwendung setzen können, indem sie einen Gesellschaftsvertrag schließen. Auch die dem Wesen der Anteilsberechtigung entspringende Vorschrift des § 747, wonach jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen kann, ist zwingendes Recht. Einer rechtsgeschäftlichen Beschränkung dieses freien Verfügungsrechtes kann, auch im Hinblick auf § 137, nur obligatorische Wirkung zukommen.[2])

B. Bestehen der Gemeinschaft.

§ 6.

Anteil.

Jeder Gemeinschafter hat einen ideellen ziffermäßig bestimmten und im Verhältnisse zum Ganzen gedachten „Anteil“ (vgl. §§ 742, 743 ff.).[3]) Während das Bürgerliche Gesetzbuch eine Vermutung

---

[1]) Planck zu § 741 Nr. 4; Crome Bd. 2,1 S. 108; Matthiaß zu § 741; Oertmann zu § 741.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 875.

[3]) Auf die Konstruktionsfrage ist erst im zweiten Teile der Abhandl. einzugehen.

für das Vorliegen einer Bruchteilsgemeinschaft nicht enthält,[1]) stellt es, falls das Vorliegen einer solchen feststeht, im Anschlusse an das bisherige Recht[2]) die widerlegbare Vermutung auf, daß allen Teilhabern gleiche Teile zustehen. Diese Auslegungsregel betrifft nur die Beziehungen der Gemeinschafter zueinander. Nach außen hin wird es ja auch zum Beweise der Anteile selten kommen. Der einzelne Gemeinschafter steht hier im allgemeinen allein oder gar nicht berechtigt da, so daß hier ein Bedürfnis für eine solche Vermutung kaum besteht.

Der § 18 GBO. bestimmt, daß bei der Begründung und Eintragung von Miteigentum die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen im Grundbuche angegeben werden sollen. Nun kann es aber doch vorkommen, daß mehrere Personen ohne Bruchteilsangabe als Miteigentümer eingetragen sind, mögen sie bereits von früher her so eingetragen sein oder mag die Bruchteilsangabe versehentlich vom Grundbuchrichter unterlassen worden sein. Hier kann der einzelne Miteigentümer nicht, gestützt auf die Vermutung des § 742, über seinen ihm danach zustehenden Anteil verfügen. Er kann auch nicht der Vermutung gemäß die Eintragung gleicher Anteile einseitig herbeiführen.[3]) Vielmehr ist zur Ergänzung der Eintragung der gemeinschaftliche formgültige Antrag sämtlicher Gemeinschafter erforderlich. Mit anderen Worten: Die Vermutung des § 742 zieht dem Grundbuchamte gegenüber nicht.[4]) Die Literatur begründet das zumeist mit der Widerlegbarkeit der Vermutung.[5]) Aber auch die Vermutung des § 891, wonach der im Grundbuche Eingetragene für berechtigt gilt, ist widerlegbar. Und doch ist unbestritten, daß diese Vermutung von dem Grundbuchrichter zur Grundlage einer Eintragung gemacht werden darf. Wir werden also besser tun, den Grund, aus dem die Vermutung des § 742 dem Grundbuchamte gegenüber wirksam ist, nicht in der Widerlegbarkeit, sondern in

---

[1]) Im Gegensatze zu E. I § 827 und Mot. Bd. 3 S. 155; vgl. auch Prot. Bd. 3 S. 50 und Fuchs, Grundbuchrecht § 1008 Bem. 2.

[2]) ALR. I, 17 § 2; sächs. BGB. § 328 und die Lehre des gemeinen Rechts.

[3]) KG. Bd. 20 A S. 304, Bd. 21 A S. 110, Bd. 27 A S. 143.

[4]) vgl. insbes. Du Chesne a. a. O. S. 459.

[5]) So z. B. KG. in OLG. Bd. 2 Nr. 2 u. Nr. 54.

der bloßen Innenwirkung der Vermutung zu sehen.[1]) Wenn jedoch alle Gemeinschafter dem Grundbuchamte gegenüber in der grundbuchmäßigen Form erklären, daß sie nicht wissen, welche Anteile den einzelnen zustehen, wird der Grundbuchrichter sehr wohl auf Grund des Antrags eines Gemeinschafters die Eintragung gemäß § 742 nach gleichen Anteilen vornehmen dürfen.

§ 7.

Früchte, Kosten und Lasten.

Nach § 743 Abs. 1 wie auch schon nach älterem Recht gebührt jedem Teilhaber ein seinem Anteile entsprechender Teil der Früchte, einschließlich der Zivilfrüchte. Von wem und wie die Früchte erworben werden, wird durch § 743 Abs. 1 nicht geregelt. Diese Bestimmung ist vielmehr, wie die Fassung „gebührt" ergibt (zum Vergleiche die Ausdrucksweise in §§ 101, 1066), rein obligatorischer Natur.[2]) In den meisten Fällen werden allerdings die Früchte ohne besonderen dinglichen Übertragnngsakt in das Miteigentum der Gemeinschafter fallen. Aus den §§ 953, 954, 955 geht hervor, daß die Miteigentümer, die dinglich fruchtziehungsberechtigten Gemeinschafter und die gutgläubigen Mitbesitzer Anteile an den Früchten der gemeinschaftlichen Sache erwerben, die den Anteilen an der letzteren entsprechen. Bei den zivilen Früchten entscheidet der Wille der Parteien bei der Tradition über den Eigentumserwerb.

Eine dingliche Bedeutung legt man dem § 741 Abs. 1 bei, wenn man behauptet, dieser Paragraph statuiere für jeden Gemeinschafter das durch Widerspruch nicht entkräftbare Recht, einen der Quote seines Anteils entsprechenden realen Teil der Früchte abzutrennen und sich anzueignen.[3]) Der § 743 bestimmt jedoch

---

[1]) So auch Du Chesne S. 463.

[2]) Kattausch a. a. O. S. 11; Gierke, Personengesamtheiten und Vermögensinbegriffe nach dem Entwurf eines BGB. S. 56; Sänger a. a. O. S. 87; and. M. Doßmann S. 75.

[3]) So Oertmann § 743 Anm. 2; Dernburg § 369 I, 3.

nichts über die Art der Fruchtziehung, ebensowenig wie er etwas über den Fruchterwerb besagt.[1]) Die Frage, in welcher Weise die Früchte geerntet werden sollen, bestimmt sich vielmehr nach den §§ 743 Abs. 2, 744. Ganz unerhebliche Fruchtziehungsakte (das Pflücken einer Blume, eines Stückes Obst) wird man unbedenklich noch zu den nach § 743 Abs. 2 jedem Gemeinschafter einzeln zustehenden Gebrauchsrechte rechnen können. Etwas erheblichere Fruchtziehung fällt dagegen unter den Begriff der Verwaltung, die nach § 744 Abs. 1 nur allen Teilhabern gemeinschaftlich zusteht.[2]) Es würde wohl auch leicht zu Mißhelligkeiten führen, wenn jeder Teilhaber seinen ganzen Teil der Früchte selbständig abernten dürfte, da vielfach jede Kontrolle über das Maß der gezogenen Früchte fehlen würde und auf diese Weise die Rechte der anderen leicht beeinträchtigt werden könnten.

Auch bei zivilen Früchten hat der einzelne Gemeinschafter keine Befugnis, seinen Bruchteil selbst einzuziehen. Der § 420 BGB., wonach mehrere Gläubiger im Zweifel Teilgläubiger sind, und die Gemeinschaftsnormen insbesondere des § 744 Abs. 1, wonach die Einziehung der zivilen Früchte als Verwaltungshandlung den Genossen gemeinsam zusteht, stehen im Gegensatze. In diesem Widerstreite kommt aber dem Gemeinschaftsrechte als lex specialis der Vorrang zu. Mehrfach zur Entscheidung gekommenes Beispiel: der Miteigentümer eines gemeinschaftlichen an Dritte vermieteten Hauses kann den auf ihn entfallenden Teil der Miete nicht selbständig einziehen, auch kann dieser Teil nicht von seinen Gläubigern gepfändet werden. Das ist freilich in Theorie und Praxis sehr bestritten.[3])

Wer die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes und die Kosten der Verwaltung und Benutzung desselben zu tragen hat, wird durch das Gemeinschaftsrecht nicht geregelt. Insbesondere wird nicht bestimmt, ob die einzelnen Gemeinschafter nach außen

---

[1]) Wie oben Goldmann-Lilienthal Bd. 1 § 203 Anm. 9; Planck § 743, 2; Komm. d. RGRäte § 743 Anm. 1.

[2]) Über die Begriffe Gebrauch und Verwaltung s. unten; die im Texte gegebene Scheidung empfiehlt sich zur Vermeidung anstößiger Ergebnisse.

[3]) Wie oben Sänger a. a. O. S. 87; KG. in OLG. Bd. 20 S. 107; and. M. Doßmann a. a. O. S. 75; Oertmann zu § 743; OLG. Bd. 12 S. 66.

hin anteilsmäßig oder gesamtschuldnerisch haften.[1]) Aus der Bestimmung des § 420 eine Haftung pro parte zu folgern, wäre höchst bedenklich. Maßgebend sind vielmehr die die einzelne Last betreffenden gesetzlichen Bestimmungen sowie die vertraglichen Abreden. Der § 748 statuiert nur einen obligatorischen Ausgleichungsanspruch der Gemeinschafter untereinander. Die sich hieran knüpfenden Fragen liegen nicht im Rahmen dieser Arbeit.

§ 8.

Gebrauch und Besitz.

Nach römischem Recht hatte jeder Gemeinschafter einen obligatorischen Anspruch gegen seine Genossen, die actio communi dividundo, auf Überlassung des ihm nach Vereinbarung oder bona fides zustehenden Gebrauchs.[2]) Jeder Gläubiger konnte dieses Gebrauchsrecht nur so lange eigenmächtig ausüben, als die übrigen Gemeinschafter nicht widersprachen.[3]) Machten die anderen jedoch von ihrem „jus prohibendi“ Gebrauch, so mußte der Gemeinschafter, mochte die von ihm beabsichtigte Gebrauchsausübung auch materiell, d. h. im Rahmen der Gemeinschaftsobligation gerechtfertigt sein, doch erst den Widerstand der anderen im Wege der Klage, eben vermittels der actio communi dividundo, brechen. Setzte der „socius prohibitus“ trotz Einspruchs der anderen unrechtmäßigerweise seinen Gebrauch fort, so hatten diese zur Durchführung ihres jus prohibendi die Besitzinterdikte, das Recht der Selbsthilfe, auch wohl, was allerdings lebhaft bestritten

---

[1]) Das römische Recht bestimmte Solidarhaftung bezüglich der actio noxalis (l. 8 D. 9, 4, l. 11 § 3 D. 39, 3), der actio de peculio (l. 27 § 8 D. 15, 1) und der actio de pauperie (l. 1 §§ 14, 15 D. 9, 1).

[2]) vgl. insbesondere l. 28 D. 10, 3. Die actio communi dividundo bezweckte nicht nur die Aufhebung der Gemeinschaft, woher sie allerdings Namen und historischen Ausgangspunkt nimmt, sondern auch durante communione die Regulierung der Gemeinschaft. v. Seeler Abt. 1 1896 S. 7; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 197; RG. Bd. 12 S. 195; vgl. im übrigen zu dem oben Gesagten Windscheid § 449 S. 935 und die daselbst in N. 4 Zitierten, vor allem Rümelin in JheringsJ. Bd. 28 S. 400 ff.

[3]) v. Seeler Abt. 1 S. 13.

ist, die actio negatoria,[1] und schließlich, sofern auch die materielle Rechtmäßigkeit des angemaßten Gebrauchs bestritten wurde, die actio communi dividundo. Nur zur Vornahme der von v. Seeler sogen. „reinen Besitzhandlungen", das sind Handlungen, die zur Aufrechterhaltung des äußeren Herrschaftsverhältnisses unerläßlich notwendig sind und sich in diesem Zwecke erschöpfen, ist jeder Gemeinschafter selbst gegen den Willen seiner Genossen befugt, und falls er hieran gehindert wird, stehen ihm die possessorischen Interdikte und das Recht der Eigenmacht zu. Das dingliche Gebrauchsrecht jedes Genossen erschöpfte sich also in dem jus prohibendi und der Befugnis zur Vornahme der reinen Besitzhandlungen.

Schon die Praxis des gemeinen Rechts hat sich über die römischrechtliche Lehre mit ihrer allzu subtilen Scheidung zwischen dem, was der einzelne tun und was er fordern darf, hinweggesetzt und dem Gemeinschafter auch gegen den Willen der Teilhaber ein beschränktes Gebrauchsrecht gewährt.[2] Nach § 743 Abs. 2 BGB. ist „jeder Teilhaber zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilnehmer beeinträchtigt wird". Die Fassung ergibt, daß der § 743 dingliche Bedeutung hat. Der Gemeinschafter braucht die andern Teilhaber nicht erst durch Klage zu zwingen. Er hat ein direktes Einwirkungsrecht, das er auch gegen den Willen der andern eigenmächtig ausüben kann.

Es handelt sich nun darum, den Gebrauch gegenüber den Verwaltungshandlungen begrifflich abzugrenzen. Im Einzelfalle wird das mitunter nicht leicht fallen. Allgemein läßt sich sagen: Die Handlung ist Verwaltung, wenn sie geeignet ist, auf die Sache irgendwie, der Substanz nach oder bezüglich des an der Sache bestehenden Gewaltverhältnisses in rechtlich beachtlicher

---

[1]) So v. Seeler Abt. 1 S. 57; Girtanner in JheringsJ. Bd. 3 S. 250; and. M. Windscheid Bd. 1 § 169a Anm. 36; Steinlechner a. a. O. S. 187; Brinkmann a. a. O. S. 55, 56. Es handelt sich vorzugsweise um die kaum mit einander zu vereinbarenden l. 11 D. 8, 5 (Marcellus) und l. 26 D. 8, 2 (Paulus).

[2]) vgl. die Entscheidungen in SeuffArch. Bd. 8 Nr. 345, Bd. 9 Nr. 268, Bd. 13 Nr. 24, Bd. 16 Nr. 193, 194, Bd. 22 Nr. 216, Bd. 24 Nr. 300, Bd. 34 Nr. 99, Bd. 38 Nr. 214.

Weise einzuwirken, sonst handelt es sich um bloßen Gebrauch.[1]) Wegen der verhältnismäßigen Ungefährlichkeit, die hiernach den Gebrauchshandlungen im Gegensatze zur Verwaltung eigen ist, konnte das Gesetz es wagen, jedem Teilhaber ein selbständiges Gebrauchsrecht zuzugestehen und sich mit der allgemeinen Regelung der Kompetenzverteilung durch § 744 zu begnügen.

Allzu groß ist die Bedeutung des § 742 Abs. 2 freilich nicht. Durch die unten zu erörternden Maßregeln der Mehrheitsbeschlüsse und richterlicher Anordnung kann das Gebrauchsrecht völlig entzogen werden. In gleicher Weise oder durch Vertrag zwischen den Gemeinschaftern ist zu bestimmen, in welcher Weise die gemeinschaftliche Sache zu benutzen ist. Nur in Ermanglung solcher Beschlüsse und Abreden ist die bisherige Zweckbestimmung für die Art des Gebrauchs maßgebend.[2]) Außerdem wird die in dem Mitgebrauche der anderen bestehende Schranke meist sehr bald gegeben sein. Nur in den Fällen sogen. „unbeschränkter Gebrauchsmöglichkeit" [3]) (z. B. Spazierengehen im gemeinsamen Garten) bleibt für ein Individualrecht ausgedehnter Raum. Handelt es sich dagegen um beschränkte Gebrauchsmöglichkeit (z. B. Benutzung eines gemeinsamen Hauses), so ist die Individualsphäre des einzelnen sehr eingeengt. An die Frage, wann der Mitgebrauch der anderen beeinträchtigt wird, knüpft sich Streit. Man hat behauptet,[4]) eine Beeinträchtigung liege nur dann vor, wenn der Gebrauch, der den übrigen verbleibe, geringeren Wert habe, als ihrem Anteil entspreche. Übliches Beispiel: Kann der eine von zwei Miteigentümern gegen den Willen des anderen in die Wohnung im dritten Stock ziehen, die den geringsten Mietswert hat? Mit Recht verneint Rümelin a. a. O. das. Der Gegenansicht fehlt es an der gesetzlichen Grundlage wie auch an Gründen der Billigkeit. Ein jedoch nur in ganz krassen Fällen eingreifender Gesichtspunkt wird aber der der Schikane (§ 226) sein.

---

[1]) vgl. Kattausch a. a. O. S. 10; Planck zu § 741 Abs. 1.

[2]) Treffend OLG. Hamburg Bd. 57 Nr. 34.

[3]) Der Ausdruck und die daran sich knüpfende Scheidung stammt von Rümelin in IheringsJ. Bd. 28 S. 464. Bedeutung hat die Scheidung nicht recht, da es eine unbeschränkte Gebrauchsmöglichkeit nicht gibt.

[4]) Behn a. a. O. S. 13.

Ferner hat man darüber gestritten, ob der Gebrauch des einzelnen an dem wirklich in Anspruch genommenen „realen Mitgebrauch“ oder schon an der „abstrakten Gebrauchsmöglichkeit“ der anderen seine Grenze findet. Beispiel: Darf der Miteigentümer unter dem Risiko der Ausweisung durch die Genossen in ein Stockwerk des gemeinschaftlichen Hauses — ob das Stockwerk das wertvollere ist oder nicht, ist, wie festgestellt, gleichgültig — einziehen? Doch wohl! Die Billigkeit spricht dafür, desgleichen die Fassung des § 743 Abs. 2. Schließlich ist zu erwähnen, daß bei gegenteiliger Annahme strenggenommen überhaupt jegliches Gebrauchsrecht entfiele, eben weil es keine völlig unbeschränkte Gebrauchsmöglichkeit gibt. Der Miteigentümer darf in dem gemeinschaftlichen Garten spazieren gehen. Das ist unbestritten. Und doch besteht die „abstrakte Möglichkeit“, daß auch die anderen Miteigentümer zu genau derselben Zeit genau dieselbe Stelle haben betreten wollen. Auf die Gegenmeinung ist man offenbar nur durch eine schiefe Auffassung der Quotenteilung gekommen. Man hat wohl geglaubt, da jeder einen festen ideellen Anteil an dem Rechte habe, müsse der Gebrauch fest abgegrenzt sein und könne nicht durch Nichtausübung seitens der anderen wachsen. Auf die Berechtigung dieses Bedenkens ist hier nicht einzugehen, da sich später herausstellen wird, daß die Quotenteilung ein Begriff von zweifelhafter Brauchbarkeit ist, aus dem sich derartige Konsequenzen nicht ableiten lassen.

Die ganze Lehre, wie sie vorgetragen wurde, würde eine abweichende Gestaltung erfahren, wenn die Auslegung richtig ist, die v. Seeler dem § 866 BGB. zuteil werden läßt. Nach seiner Meinung soll dieser Paragraph folgenden nur nicht klar zum Ausdruck gekommenen Sinn haben: „Besitzen mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so findet in ihrem Verhältnis zueinander ein Besitzschutz nur zugunsten der reinen Besitzhandlungen und des Verbietungsrechtes statt, alle anderen Ansprüche sind petitorisch zur Geltung zu bringen“. Nun müssen aber die Gemeinschafter, damit sie ihr Gebrauchsrecht eigenmächtig ausüben dürfen, auch Mitbesitzer sein. Sind sie das nicht, so dürfen sie sicherlich ebensowenig ein Gebrauchsrecht eigenmächtig ausüben, wie das der nichtbesitzende Alleineigentümer dem Besitzer gegenüber darf.

Demnach hätten wir also nach v. Seeler mit kleinen Abweichungen, die sich aus den §§ 744 Abs. 2 und 745 ergeben würden, auch heute noch die römischrechtliche Regelung! Über die eigenwillig geistreiche, in der Annahme des Verbietungsrechtes wie der „reinen Besitzhandlungen" gleich anfechtbare Theorie v. Seelers ist viel geschrieben worden. Da die Frage noch dazu mit Fragen der Besitzlehre, insbesondere der Auslegung des § 858, in engstem Zusammenhange steht, ist es unmöglich, hier Erhebliches zu sagen.[1]) Nur sei einmal darauf hingewiesen, daß gerade dem § 743 Abs. 2 ein Argument gegen die v. Seelersche Theorie zu entnehmen ist, das gegen ihn meines Wissens noch nicht ausgespielt ist. Trotz der hier zugestandenen Gebrauchsbefugnis soll jeder Teilhaber ein unbedingtes Verbietungsrecht haben? Scheint es nicht vielmehr, als ob das Gesetz gerade dieses Verbietungsrecht durch die Verdinglichung des Gebrauchsrechts habe beseitigen wollen! Wir haben ja gesehen, wie die Entscheidungen der späteren gemeinrechtlichen Praxis dahin drängten. Und die Fassung des § 743 Abs. 2 gibt doch wirklich nicht die Spur einer Berechtigung, anzunehmen, daß hier nur die reinen Besitzhandlungen gemeint sind.

Jeder Teilhaber hat selbstverständlich auch das Recht zum Mitbesitze der gemeinschaftlichen Sache. Ausdrücklich gesagt ist das allerdings nicht. Der Wille des Gesetzes ergibt sich jedoch aus der Regelung des Gebrauchsrechts, da dieses Besitz zur Voraussetzung hat. Auch folgt daraus, daß das Gesetz davon ausgeht, daß Miteigentum eine Art Eigentum ist, das Recht jedes Miteigentümers auf Mitbesitz. Natürlich aber darf sich der nichtbesitzende Miteigentümer ebensowenig eigenmächtig in Mitbesitz setzen, wie der nichtbesitzende Alleineigentümer den Besitzer eigenmächtig entsetzen darf.

---

[1]) Dagegen v. Seeler Biermann, Sachenrecht S. 343; Planck § 866 Anm. 26; Wolff, Mitbesitz, in IheringsJ. Bd. 44.

§ 9.

Verwaltung.

a) Unmittelbare gesetzliche Regelung.

Was Verwaltung ist, wurde bereits gesagt, als es sich um die Abgrenzung des Gebrauchs gegenüber der Verwaltung handelte. Nachzutragen ist hier, daß die Verfügung nicht unter den Begriff der Verwaltung fällt. Das Verfügungsrecht wird in § 747 gesondert behandelt. Also Verwaltung sind diejenigen Maßnahmen, die eine Änderung der wirtschaftlichen oder rechtlichen Lage der gemeinschaftlichen Sache bezwecken, ausschließlich der Verfügungen. Der Begriff der Verwaltung ist aus dinglichen und obligatorischen Elementen zusammengesetzt.[1]) Obligatorische Elemente enthalten die §§ 744, 745. Nach der dinglichen Seite hin enthält die Verwaltungsbefugnis insbesondere die Befugnis zur körperlichen Veränderung der Sache und zur Überlassung des Gebrauchs und Besitzes an Dritte. Die Gebrauchshandlung des § 743 war Sonderrecht des einzelnen, soweit nicht die Rechte der anderen verletzt wurden. Durch Verwaltungsakt des einzelnen würde aber immer das Recht der anderen Gemeinschafter verletzt werden. Das Gesetz enthält daher in Übereinstimmung mit dem römischen Recht[2]) in § 744 Abs. 1 die einzig sachgemäße, im Grunde demselben Gedanken wie die Bestimmung des § 743 entspringende Regelung: „Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht den Gemeinschaftern gemeinschaftlich zu". Jeder Teilhaber muß prinzipiell bei jeder Verwaltungsmaßregel hinzugezogen werden. Verpflichtet ist jedoch der einzelne Gemeinschafter nicht, sich der Verwaltung und Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache zu widmen, da für die Gemeinschaft die gesellschaftliche Verpflichtung zu gemeinsamer Zweckförderung fehlt.[3])

Eine Durchbrechung der Regel des § 744 Abs. 1 ist in § 744 Abs. 2 enthalten: „Jeder Teilhaber ist berechtigt, die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendigen Maßregeln ohne

---

[1]) vgl. Kattausch a. a. O. S. 9.

[2]) l. 28 D. comm. div. 10, 3.

[3]) vgl. Mot. zu § 748.

Zustimmung der anderen Teilhaber zu treffen". Beispiele: dringende Reparaturen, Bestellung eines Ackers, Erfüllung öffentlichrechtlicher auf der Sache ruhender Pflichten, Zahlung von Hypothekenzinsen, um die Zwangsvollstreckung abzuwenden usw. Besonders wertvoll ist dieses wichtige und im Interesse des gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendige [1]) Sonderrecht dadurch, daß es durch Mehrheitsbeschluß nicht entzogen oder beeinträchtigt werden kann.[2]) Die Maßregeln müssen objektiv notwendig sein, bloße Nützlichkeit genügt nicht. Unter Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache ist dafür aber nicht nur die physische Erhaltung der Sache, sondern die Erhaltung des wirtschaftlichen Wertes zu verstehen.[3]) In diesem Sinne wird man die Vorschrift des § 744 Abs. 2 den Anschauungen des Verkehrs entsprechend wohl auslegen dürfen. Während danach der Teilhaber nicht das Recht hat, eine Erhaltungsmaßregel mit unverhältnismäßigen Kosten zu betreiben, kann andererseits zur Erhaltung des wirtschaftlichen Wertes des gemeinschaftlichen Gegenstandes unter Umständen sogar eine Veräußerung notwendig sein, z. B. der Verderb von Fleisch ist zu befürchten. Dann steht auch die Veräußerung dem einzelnen offen.

Die Frage, die sowohl praktisch wie auch vom Standpunkte unseres Themas von besonderer Bedeutung ist, ist jedoch die, ob der Teilhaber in Abweichung von der Regel des § 744 Abs. 2 in diesem Falle auch nach außen hin gesetzliche Vertretungsmacht hat. Daß der einzelne Innenmaßregeln, z. B. dringende Ausbesserungsakte, selbständig vornehmen darf, geht klar aus der Fassung des § 744, insbesondere dem Abs. 2 Satz 2 dieses Paragraphen hervor. Der einzelne „kann" verlangen, daß die Einwilligung zu der Maßregel des Satz 1 im voraus erteilt wird, er braucht sich also nicht die Einwilligung im Prozeßwege zu verschaffen, ehe er die Maßregel, zu der er nach Abs. 2 Satz 1 berechtigt ist, vornimmt. Auch wenn die anderen Gemeinschafter der Ausführung der Erhaltungsmaßregel widersprechen, braucht der betreibende Gemeinschafter nicht erst

---

[1]) vgl. die Beratungen der 2. Kommission Prot. Bd. 2 S. 747.

[2]) Ausdrücklich ist das nicht gesagt, vgl. aber Mot. Bd. 2 S. 878; Oertmann zu § 744; Planck zu § 744 Anm. 4; Staudinger zu § 744.

[3]) Dernburg § 369 II; zustimmend die meisten, so Oertmann zu § 744; Planck zu § 744 Anm. 3.

den Widerstand im Prozeßwege zu brechen und die Notwendigkeit der Maßregel nachzuweisen, sondern er kann die Maßregel eigenmächtig vornehmen.[1]) Sonst wäre ja auch, da notwendige Maßregeln fast immer eilig sein werden, dieses Recht bedeutungslos. Das ist klar und meines Wissens auch nicht bestritten.[2]) Es muß auch angenommen werden, daß zum Zwecke der Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes jeder Teilhaber für sich als Prozeßpartei auftreten darf, soweit der Verlauf des Prozesses keine Verfügungsakte (Anerkenntnis, Vergleich, Verzicht) mit sich bringt.[3]) Wie es aber sonst mit der Vertretungsmacht nach außen steht, ist recht fraglich. Kann ein Teilhaber im Namen der übrigen einen Maurer mit der Reparatur eines baufälligen Hauses beauftragen? Kann ein Miteigentümer Fleisch, das zu verderben droht, gültig veräußern? Ich meine: ja.[4]) Es besteht meines Erachtens kein Grund, hier eine Vertretungsmacht abzulehnen, da wir vorhin nach innen ein Recht selbständiger Vornahme der notwendigen Erhaltungsmaßregeln angenommen haben. Die Gefahr ist in beiden Fällen für die anderen Gemeinschafter dieselbe. War die Veräußerung keine notwendige Erhaltungsmaßregel, so ist sie ungültig, war die Reparatur des baufälligen Hauses nicht unbedingt notwendig, so ist eben der mit Dritten geschlossene Ausbesserungsvertrag für die Genossen unverbindlich. Natürlich kann trotzdem Schaden für dieselben entstanden sein, z. B. die verkaufte Sache ist nicht wiederzuerlangen. Aber das kann ebenso der Fall sein, wenn ein Gemeinschafter selbst einen tatsächlichen Verfügungsakt an der Sache vorgenommen hat. Hier muß eben ein Schadensersatzanspruch gegen den schuldigen Gemeinschafter eingreifen und genügen. Das Risiko des Dritten, der mit dem einzelnen Teilhaber Geschäfte

---

[1]) Oertmann § 744, 1 b; Komm. d. RGRäte zu § 744; Staudinger zu § 744.

[2]) Auch nicht von Behn a. a. O. S. 23, wenn ich ihn recht verstehe.

[3]) vgl. hierzu RG. Bd. 72 S. 245; über den Prozeß als Verfügung s. RG. Bd. 77 S. 34.

[4]) Die Frage wird in der Literatur meist nicht präzise gestellt. Wie oben sicherlich Komm. d. RGRäte zu § 744; Dernburg Bd. 2 S. 528; and. M. ebenso sicher Behn a. a. O. S. 23; anscheinend aber auch Oertmann § 744, 2 a; Staudinger § 744, alle ohne Begründung.

schließt, ist auf jeden Fall das gleiche. Leugnet man die Vertretungsmacht des Teilhabers nach außen, so muß man ihn nach Treu und Glauben dem Dritten gegenüber für verpflichtet halten, die Zustimmung der andern, auf die er einen klagbaren Anspruch hat, nachträglich herbeizuführen. Die Sachlage wäre also nicht wesentlich anders, nur komplizierter. Wie man das Notverfügungsrecht des einzelnen konstruieren will, ob als Ausnahme von § 747 oder als gesetzliche Vollmacht, ist Geschmacksache. Die Bestimmung des § 745 Abs. 2 Satz 2 kann nicht, wie vielfach angenommen wird, den Sinn haben, daß auf diese Weise die Vertretungsmacht Dritten gegenüber geschaffen werden soll. Die hat ja der Teilhaber, wenn die Erhaltungsmaßregel wirklich notwendig ist, so schon. Der Anspruch aus § 745 Abs. 2 Satz 2 hat vielmehr den Zweck, das Risiko zu beseitigen, das der Teilhaber und der Dritte, der mit ihm Rechtsgeschäfte abschließt, tragen. Jener, indem er sich event. schadensersatzpflichtig macht, dieser, indem sein Erwerbsakt ungültig ist, falls die Erhaltungsmaßregel von dem später entscheidenden Richter nicht für notwendig befunden wird. Besonders groß ist dieses Risiko dadurch, daß bereits ein anderer Genosse das die Erhaltungsmaßregel betreffende Rechtsgeschäft ohne Wissen des betreibenden Gemeinschafters abgeschlossen haben kann, so daß der nochmalige Abschluß des Rechtsgeschäftes objektiv nicht mehr notwendig ist.

b) Vereinbarung der Gemeinschafter.

Zunächst sind, wenn alle Gemeinschafter unter sich einig sind, Verträge zur Regelung des Gebrauchs und der Verwaltung denkbar. Solche Verträge unterliegen den allgemeinen Grundsätzen, nicht dagegen den besonderen Grenzen, die den Mehrheitsbeschlüssen gezogen sind. So braucht insbesondere die beschlossene Regelung nicht ordnungsmäßig zu sein, und die Individualrechte brauchen nicht geschont zu werden. Die Verträge oben bezeichneter Art sind obligatorischer Natur. Soweit sie sich auf die dem Gemeinschaftsverhältnisse entspringenden obligatorischen Rechte und Pflichten beziehen, wirken sie auf diese unmittelbar verändernd ein. Wird z. B. einstimmig beschlossen, daß ein Teilhaber den ihm nach § 743

zustehenden Früchteanspruch nicht haben soll, so wirkt der Vertrag unmittelbar aufhebend auf das Recht des betreffenden Teilhabers. Bezieht sich der Vertrag dagegen auf dingliche Befugnisse der einzelnen, z. B. die Verwaltungsbefugnis, so erschöpft sich der Vertrag nicht in seinem Bestehen, sondern er führt seine Wirkung erst mittelbar vermittels obligatorischer Bindung herbei. Wenn z. B. die Gemeinschafter einstimmig beschließen, das gemeinschaftliche Grundstück zu verpachten und zu diesem Zwecke das Gutshaus vorher zu reparieren, so heißt das juristisch, die Genossen verpflichten sich, bei der Herbeiführung der beschlossenen Regelung entsprechend mitzuwirken. Weiter zunächst nichts. Die Erteilung von Vollmachten usw. an einen Gemeinschafter, die Einwilligung in tatsächliche Verfügungsakte auf das Grundstück sind Erfüllungshandlungen dieser vertraglichen Obligation, die scharf von dieser zu scheiden sind, auch wenn sie zeitlich zusammenfallen und, wie das meist der Fall sein wird, in dem Abschlusse des obligatorischen Vertrages zu finden sind. Die Entscheidung des bayr. OLG. (SeuffArch. Bd. 58 Nr. 214), wonach Verträge der Gemeinschafter, soweit sie reichen, die aus dem dinglichen Miteigentumsverhältnisse entspringenden Rechte und Pflichten unmittelbar beeinflussen sollen, kann demnach insofern nicht als richtig angesprochen werden.

Eine Verschiebung des Besitzverhältnisses kann nach den obenstehenden grundsätzlichen Erörterungen durch den Vertrag als solchen niemals stattfinden.[1]) Bedeutsam hierfür kann vielmehr nur der dingliche Erfüllungsakt sein. Ist mir auf Grund einstimmigen Beschlusses eine Sache zu alleinigem Gebrauche übergeben, so genieße ich den Besitzschutz nicht, weil ich ein Forderungsrecht auf Besitzüberlassung hatte und habe, sondern eben weil und soweit mir der Gebrauch tatsächlich überlassen worden ist.

c) Mehrheitsbeschlüsse.

Das römische Recht ist von einem extremen Individualismus beherrscht. In dem Grundsatze „in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse; unde manifestum est prohibendi ius esse; in re enim pari potiorem esse

[1]) Nicht klar insofern v. Seeler Abt. II S. 25.

causam prohibentis“ [1]) kommt dieser klar zum Ausdruck. Zwar hat das römische Recht einzelne wichtige Modifikationen der „potior causa prohibentis“ entwickelt. [2]) Im wesentlichen aber wurde das individualistische Prinzip in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis aufrechterhalten. Seinen historischen Ausgangspunkt hat das Prinzip der Mehrheitsbeschlüsse von der Reederei genommen. [3])

Die erste Kodifikation, die das Prinzip in ausgedehnterem Umfange akzeptierte, war das allgem. Landrecht (I, 17 §§ 12 ff., 19, 20, 38, 40, 91). Es folgten das österr. BGB. von 1811 (§ 833) und das sächs. BGB. von 1803 (§§ 330, 331, 1367, 1892), letzteres allerdings weniger weitgehend. Außerdem sind zwei nicht Gesetz gewordene Entwürfe, die das Institut der Mehrheitsbeschlüsse kennen, hier zu erwähnen, nämlich der bayr. Entwurf eines BGB. von 1865 (§ 589 Abs. 1) und der sogen. Dresdner Entwurf des Obligationenrechts von 1867 (§ 853).

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich diesen Vorbildern angeschlossen. Nach § 745 Abs. 1 Satz 1 kann „durch Stimmenmehrheit eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden“. Das Institut der Mehrheitsbeschlüsse bedeutet wohl den größten Fortschritt, den das Bürgerliche Gesetzbuch im Gemeinschaftsrecht dem gemeinen Recht gegenüber zu verzeichnen hat. Die praktische Bedeutung derselben liegt auf der Hand. Wenn ein einstimmiger Beschluß der Gemeinschafter sich nicht erreichen läßt, ist die Teilung nicht der einzig mögliche Weg, den Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen. Durch den Eigensinn einzelner Teilnehmer kann eine ordnungsmäßige Verwaltung nicht mehr hintertrieben werden, sondern die Majorität kann eine solche erzwingen.

---

[1]) l. 28 D. comm. div. 10, 3; vgl. auch l. 27 de serv. praed. urb. 8, 2 und l. 115 D. si. serv. vind. 8, 5.

[2]) l. 13 § 1 D. de SPU. 8, 7; l. 7 § 10 D. de comm. div. 10, 3; l. 28 D. eod., l. 26 D. de SPU. 8, 2; l. 32, 35, 37 D. de damm. inf. 39, 2 l. 12 D. de comm. div. 10,3; außerdem SeuffArch. Bd. 8 S. 285, Bd. 18 S. 208, Bd. 32 S. 16, Bd. 34 S. 9.

[3]) vgl. hierzu und zum folgenden Thalmessinger a. a. O. S. 23 ff.

Da die Gemeinschaft nicht wie die Gesellschaft eine Arbeitsgemeinschaft ist, ist die Stimmenmehrheit nicht wie bei dieser nach der Kopfzahl der Mitglieder, sondern nach der Größe der Anteile zu berechnen (§ 745 Abs. 1 Satz 1).[1] Das Abstimmungsverfahren wird im übrigen von dem Gesetze nicht geregelt. Der Minderheit wird Gelegenheit geboten werden müssen, mit abweichenden Ansichten gehört zu werden.[2] Die Minorität muß wenigstens die Möglichkeit haben, durch die Überzeugungskraft ihrer Gründe das durchzusetzen, was sie durch die Größe ihres Anteiles nicht erreichen kann. Andernfalls würde im Falle, daß ein Gemeinschafter einen über die Hälfte großen Anteil hat, dieser praktisch allein die Verwaltung haben, was weder im Sinne des Gesetzes liegen würde, noch sich als Mehrheitsbeschluß bezeichnen ließe. Die Gemeinschafter müssen also zu der Abstimmung geladen werden, und zwar wird ihnen auch, damit ihr oben bezeichnetes Recht, ihre Meinung zu äußern und zu begründen, nicht problematisch wird, vorher der Gegenstand der Beschlußfassung in den wesentlichen Zügen mitgeteilt werden müssen. Natürlich brauchen aber nicht alle Gemeinschafter anwesend zu sein und sich zu äußern. Die Verletzung der grundlegenden Verfahrensvorschriften hat die Ungültigkeit des Mehrheitsbeschlusses zur Folge.[3] Anderer Meinung ist die herrschende Lehre,[4] die geltend macht, dritte Personen, die die Ordnungsmäßigkeit der Beschlüsse nicht nachprüfen könnten, seien zu schützen. Da wir aber später sehen werden, daß den Mehrheitsbeschlüssen nur reine Innenwirkung zwischen den Gemeinschaftern zukommt, entfällt für uns dieses Bedenken. Dagegen ist nicht einzusehen, warum die Sachlage bei formellen Mängeln anders als bei sachlichen zu beurteilen sein soll.[5] Gegen die oben vertretene Ansicht scheinen allerdings die

---

[1]) Anders das österr. BGB. § 1187, das diesen Unterschied nicht kennt.

[2]) So auch Mot. Bd. 2 S. 603; Planck Bd. 2 S. 487; v. Seeler Abt. I S. 26; Thalmessinger a. a. O. S. 58ff.; and. M. Behn a. a. O. S. 19.

[3]) v. Seeler Abt. I S. 26.

[4]) Wolff in ZHR. Bd. 49 S. 637; OLG. Kiel im SächsArch. Bd. 61 Nr. 133; Enneccerus Bd. 2,2 § 405 Anm. 3.

[5]) vgl. § 32 BGB. (Vereinslehre), wonach ein Mehrheitsbeschluß in der Mitgliederversammlung nur gültig ist, wenn allen Mitgliedern der Gegenstand der

Prot. Bd. 2 S. 749 zu sprechen, welche ergeben, daß die Kommission den Fall, daß ein Teilhaber von der beschlossenen Maßregel nichts gewußt hat, in Betracht ziehen.

Dem Majoritätsprinzip sind auch gewisse sachliche Grenzen gezogen.

Die Verwaltung und Benutzung, welche beschlossen wird, muß unter allen Umständen „ordnungsmäßig" sein. Nach § 745 Abs. 1 Satz 1 hat die Mehrheit ferner nicht das Recht, eine wesentliche Veränderung des gemeinschaftlichen Gegenstandes zu beschließen. Der Begriff „wesentliche Veränderung des Gegenstandes" ist in rein wirtschaftlichem Sinne zu fassen.[1] Anderer Meinung ist v. Seeler,[2] der in allzu engem Anschlusse an den Wortlaut jede physische Veränderung für unzulässig erklärt, jedoch, wie er selbst zugibt, zu recht unliebsamen Ergebnissen gelangt (vgl. seine Beispiele). v. Seeler macht zu Unrecht das Gesetz für diese Ergebnisse verantwortlich und meint: „Es wäre zu wünschen, daß die Praxis diese Bestimmung (des § 745 Abs. 3 Satz 1 nämlich) einfach unbeachtet ließe" (sic!).

Schließlich können gewisse Individualrechte nicht durch Majoritätsbeschlüsse entzogen oder beeinträchtigt werden. Ausdrücklich sagt das Gesetz das von dem Sonderrecht des einzelnen auf ein seinem Anteil entsprechendes Quantum der Nutzungen (§ 745 Abs. 3). Jedoch wird man das gleiche, wie bereits erwähnt, von dem Notverwaltungsrecht des § 744 Abs. 2 annehmen müssen.

Die Frage, die für uns im Mittelpunkte des Interesses steht, ist die, ob die Wirksamkeit der Mehrheitsbeschlüsse sich in dem Entstehen obligatorischer Beziehungen zwischen den Teilhabern erschöpft, oder ob ihnen dingliche Wirkung beizulegen ist. Nur in dem letzteren Falle fällt das Institut der Mehrheitsbeschlüsse unmittelbar unter unser Thema. Es wurde jedoch vor Beantwortung der entscheidenden Frage eine kurze dogmatische Darstellung gegeben, weil die Beurteilung des entscheidenden Punktes

---

Beschlußfassung genannt ist. Man kann hier natürlich e contrario wie per analogiam schließen. Letzteres erscheint indes richtiger.

[1]) Oertmann § 745, 2a; M. Wolff in ZHR. Bd. 49 S. 636, Besprechung v. Seelers.

[2]) a. a. O. Bd. 2 S. 26.

schwer und zweifelhaft ist und anderseits gerade für diese Entscheidung eine Kenntnis der die Mehrheitsbeschlüsse betreffenden Vorschriften vonnöten ist.

Die Frage ist also die: Hat die Mehrheit auf Grund des Beschlusses ohne weiteres die Befugnis, die beschlossene Maßregel durchzuführen? Beispiel: Es ist beschlossen worden, das gemeinschaftliche Haus auszubessern. Dürfen die Gemeinschafter, ohne die widersprechende Minorität auf Zustimmung verklagt zu haben, a) die Ausbesserung selbst vornehmen, b) mit einem Handwerker einen gültigen, alle Gemeinschafter verpflichtenden Ausbesserungsvertrag abschließen?

Zunächst bin ich der Ansicht, daß diese beiden Fälle einheitlich entschieden werden müssen. Ein praktischer oder theoretischer Grund, hier zu scheiden, ist m. E. nicht zu ersehen. Damit dürfte eine Mittelansicht abzulehnen sein, die offenbar von den Motiven (Bd. 2 S. 876) vertreten wird,[1]) wonach die Majorität, soweit die Mitwirkung der Minderheit nicht zur Erreichung des Zweckes nötig ist, auch ohne Mitwirkung derselben ihren Beschluß durchführen kann, andernfalls aber dazu, insbesondere zum Abschluß von Rechtsgeschäften mit Dritten, nicht imstande sein soll. Es wird übersehen, daß wenn wir den Majoritätsbeschlüssen nicht dingliche Wirkung beilegen, eben immer die Mitwirkung der Minorität erforderlich ist, wenn auch nur insofern, als ohne ihre Zustimmung jede über das Gebrauchsrecht des § 743 Abs. 2 hinausgehende Einwirkung auf die gemeinschaftliche Sache unrechtmäßig ist. Wir werden uns also schon entscheiden müssen: Entweder wirken die Mehrheitsbeschlüsse dinglich, oder sie wirken nicht dinglich; ein Drittes gibt es nicht.

Ich bin der Ansicht, daß den Mehrheitsbeschlüssen nur obligatorische Wirkung zukommt.[2])

---

[1]) Ebenso Schüler, Miteigentum an Grundstücken S. 23 und anscheinend auch Enneccerus § 405 II Anm. 3; Kipp, Erbrecht § 82 Anm. 15.

[2]) So auch Behn a. a. O. S. 20; Kattausch a. a. O. S. 36; Planck Bd. 2 S. 487; Staudinger § 745 I, 5; SeuffArch. Bd. 63 Nr. 89; OLG. Bd. 18 S. 34; Recht 1907 S. 972, 973 (eine Entscheidung); and. M. Fischer-Henle zu § 745; Oertmann zu § 745; OLG. (Kiel) Bd. 13 S. 428; Recht 1905 S. 650, 1907 S. 128.

Der Wortlaut des Gesetzes muß als indifferent bezeichnet werden. Insbesondere kann Oertmann darin nicht zugestimmt werden, derselbe ergebe offenbar, daß der § 725 Abs. 1 den § 744 für sein Gebiet zurückdrängen wolle. Ich meine vielmehr, daß aus den Worten „kann beschlossen werden" (Abs. 1), „kann nicht beschlossen werden" (Abs. 3) sich eher auf obligatorischen Charakter der Vorschrift schließen läßt. Eine andere Fassung hätte andernfalls vielleicht näher gelegen.

Maßgebend soll jedoch nicht der Wortlaut, sondern folgende Erwägung sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das Institut der Mehrheitsbeschlüsse, das die gemeinrechtliche communio nicht kannte, bei der Gemeinschaft neu in Anwendung gebracht. Da ist eher anzunehmen, daß es mit einer gewissen zögernden Vorsicht das neue Prinzip akzeptiert hat, als daß es dieses mit besonderer Schärfe restlos bis in die letzten Konsequenzen hat durchführen wollen. Die Regelung der Sachlage wird zwar dadurch, daß man den Mehrheitsbeschlüssen nur schuldrechtliche Wirksamkeit zuerkennt, etwas komplizierter. Die Majorität hat nur einen obligatorischen Anspruch gegen die Minorität darauf, daß diese zur Ausführung der beschlossenen Maßregel mitwirkt oder ihre Zustimmung erteilt. Sie muß also, wenn die Minderheit sich weigert, dies zu tun, Klage erheben und die nötige Mitwirkung der Minorität erzwingen. Aber die kompliziertere Regelung ist in unserem Falle wohl auch die bessere. Die Minorität, die der Durchführung der Majoritätsbeschlüsse Widerstand entgegensetzt, wird im allgemeinen ihre Gründe haben. Dagegen werden Übergriffe auf seiten der Majorität häufiger sein. Denken wir doch nur daran, daß die „Majorität" aus einem Gemeinschafter bestehen kann. Leicht kann sich solcher im Gefühle seiner Macht und dem Bewußtsein seiner faktischen Verwaltungsbefugnis zu ungesetzlichen Maßnahmen hinreißen lassen. Wie vorteilhaft ist es da, daß die Majorität, ehe sie irgend etwas unternehmen darf, Klage erheben und die Voraussetzungen für die Gültigkeit ihres Beschlusses nachweisen muß. Auf diese Weise wird in zweifelhaften Fällen der Minorität vor Durchführung des Beschlusses, ohne daß es einer negativen Feststellungsklage bedarf, Gelegenheit geboten, die Gültigkeit desselben zu bemängeln, und die Ordnungsmäßigkeit

des Beschlusses unterliegt der richterlichen Prüfung. Auf diese Weise geht allerdings Zeit verloren. Aber soweit die Durchführung der Beschlüsse überaus wichtig und dringend ist, greift ja die Vorschrift des § 744 Abs. 2 Satz 1 ein. Die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendigen Maßregeln kann jeder Teilhaber ohne Zustimmung der anderen treffen. Und hier braucht nicht erst geklagt zu werden. Die Bestimmung dieses Paragraphen wurde von uns dinglich ausgelegt.

Nach den obigen Ausführungen kann die Beantwortung der von v. Seeler angeschnittenen Frage,[1] ob die Mehrheitsbeschlüsse das Besitzschutzverhältnis verschieben, keine Schwierigkeit mehr bereiten. Mehrheitsbeschluß und Vereinbarung stehen sich gleich. Beiden kommt nur obligatorische Bedeutung zu. Durch beide wird das dingliche Verhältnis der Gemeinschafter zur Sache, wozu auch die Besitzverhältnisse zu zählen sind, nicht berührt. Bedeutsam sind in dieser Richtung vielmehr nur die dinglichen Erfüllungsakte, die in den Verträgen meist unmittelbar enthalten sein werden, während das bei den Mehrheitsbeschlüssen naturgemäß nicht der Fall ist. Wie weit durch diese die Besitzverhältnisse beeinflußt werden, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Bis auf weiteres genießt daher unserer Meinung nach die Majorität den Besitzschutz.[2] Erst wenn die Majorität ein rechtskräftiges Urteil hat, das ihr das Recht zuerkennt, in bestimmter Weise auf die gemeinschaftliche Sache einzuwirken, sind der Minorität infolge der Bestimmung des § 864 Abs. 2 Besitzansprüche abgeschnitten. Das allerdings auch nur, wenn man ein obligatorisches Recht im Sinne dieses Paragraphen für genügend erachtet. Man wird jedoch der herrschenden Meinung folgend sich nicht ängstlich an den Ausdruck „Recht an der Sache" an dieser Stelle klammern dürfen, sondern auch die Feststellung

---

[1]) v. Seeler a. a. O. Abt. II S. 27.

[2]) And. M. v. Seeler Abt. II S. 27. Nach ihm kann ein Mehrheitsbeschluß possessorisch durchgeführt werden, wenn nicht die Minderheit ausdrücklich „klar und schlüssig", und zwar unverzüglich erklärt, daß sie den Beschluß für nicht ordnungsmäßig halte und daher als gesetzwidrig anfechte. Ähnlich anscheinend auch Prot. Bd. 3 S. 42 Zeile 19.

eines obligatorischen Rechts auf einen der Entsetzung oder Störung entsprechenden Besitzstand für genügend erachten dürfen.[1])

d) Regelung auf Verlangen eines Teilhabers.

Außer der Regelung der Verwaltung und Benutzung durch einstimmigen oder Majoritätsbeschluß ist schließlich eine solche auch durch Richterspruch auf Grund eines rechtskräftigen Urteils möglich. Nach § 745 Abs. 2 kann jeder Teilhaber, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluß geregelt ist, eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen. Der 1. Entwurf (§ 772) enthielt die Einschränkung, daß der Anspruch den einzelnen Teilhabern nur zustehen solle, wenn die Aufhebung der Gemeinschaft aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich sei. Die Einschränkung ist mit Recht gestrichen worden, da die Aufteilung durchaus nicht der End- und Hauptzweck jeder Gemeinschaft ist.

Auch schon nach gemeinem Recht konnte jeder Gemeinschafter, wenn sich eine Regelung der Verwaltung und Benutzung durch gütliche Vereinbarung nicht erzielen ließ, im Klagewege gerichtliche Anordnung einer ordnungsmäßigen Verwaltung verlangen.[2]) Jedoch ist die heutige Regelung von der gemeinrechtlichen insofern verschieden, als dort der Antrag ein allgemeiner war und der Richter nach freiem Ermessen die Verwaltungs- und Benutzungsart, die ihm gutdünkte, anzuordnen hatte. Heute dagegen muß der Antrag der Klage auf einen bestimmten Modus der Verwaltung und Benutzung lauten.[3]) Und das daraufhin ergehende Urteil ist, anders als im gemeinen Recht, nicht rechtsgestaltend, sondern ein gewöhnliches Leistungsurteil.[4]) Der Richter schreibt

---

[1]) vgl. Biermann § 864 N. 3a; Crome, Lehrb. S. 74 Anm. 68; Endemann, Lehrb. S. 232; Wolff, Lehrb. S. 40; Turnau-Förster § 864 II, 1 u. a. m.; and. M. z. B. Planck § 864, 2a; Staudinger § 864, 2c.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 196.

[3]) Crome Bd. 2 S. 811; Dernburg Bd. 2 § 369 S. 579; Oertmann § 745, 5; Planck § 745, 2; v. Seeler a. a. O. Abt. II S. 23, 28.

[4]) Mot. Bd. 2 S. 888; s. insbes. Kisch, Beiträge zur Urteilslehre S. 128.

nicht vor, wie die Verwaltung und Benutzung gehandhabt werden soll, sondern er hat nur darüber zu entscheiden, ob der geltend gemachte Anspruch begründet ist (vgl. § 253 Abs. 2 ZPO., § 308 daselbst: Verhandlungsmaxime!). Es liegt in der Natur der Sache, daß, auch wenn ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, der einzelne Gemeinschafter später immer noch das Recht hat, wenn die Verhältnisse sich geändert haben, die Einwilligung der anderen in eine neue, der veränderten Lage Rechnung tragende Regelung zu verlangen.[1]) Auf diese Weise kann eine Abänderung des früheren Urteils erreicht werden, ohne daß es sich dabei um eine Abänderungsklage handelt. Es wird vielmehr nur ein neuer kraft Gesetzes entstandener Anspruch geltend gemacht.

Die den Mehrheitsbeschlüssen gezogenen Grenzen gelten auch für das Individualrecht des § 745 Abs. 2. Natürlich! Was die Majorität nicht gegen den Willen der Minorität durchsetzen kann, kann erst recht nicht ein Teilhaber allein gegen den Willen der übrigen erzwingen.[2])

§ 10.

„Verdinglichung" der Verwaltungs- (und Teilungs-) Abreden.

Der § 746 lautet: „Haben die Teilhaber die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes geregelt, so wirkt die getroffene Bestimmung auch für und gegen die Sondernachfolger".

Das gleiche bestimmt der § 751 bezüglich der Vereinbarung der Gemeinschafter, wonach das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder für Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist dafür bestimmt wird.

Beim Miteigentum an Grundstücken werden diese Vorschriften insofern modifiziert, als die getroffene Bestimmung nur dann gegen die Sondernachfolger wirkt, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuche eingetragen ist.

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 889.

[2]) Oertmann zu § 745, II.

Was den Ausschluß der Teilung anlangt, so enthielt schon das römische Recht eine ähnliche Bestimmung.[1]) Im übrigen aber sind die Vorschriften dem gemeinen Recht gegenüber neu. Ihre praktische Bedeutung liegt auf der Hand.[2]) Es soll vermieden werden, daß die Regelung der Verwaltung und Benutzung durch die Veräußerung eines Anteils illusorisch gemacht werden kann. Wichtig ist dabei insbesondere auch, daß zu den Sondernachfolgern die Gläubiger, welche einen Anteil gepfändet haben, gehören, so daß sich selbst mit Hilfe der Zwangsvollstreckung die Bindung an die geschaffene Regelung nicht umgehen läßt.

Die Bestimmung des § 746 drückt nicht präzise aus, welcher Art die gegen die Sondernachfolger wirkenden Regelungen sein können. In erster Linie ist hier natürlich an einstimmige Beschlüsse der Gemeinschafter gedacht. Aber auch die Mehrheitsbeschlüsse werden von der Bestimmung des § 746 unzweifelhaft mitbetroffen. Etwas zweifelhafter liegt die Frage nur bei der auf Grund einseitigen Antrages eines Gemeinschafters durch richterliches Urteil getroffenen Regelung des § 745 Abs. 2. Hier scheint der Wortlaut des § 746 dagegen zu sprechen. Doch handelt es sich auch hier um eine im Grunde von den Gemeinschaftern ausgegangene Regelung. Insofern nämlich, als der Richter nur die Erklärungen der Parteien, zu deren Abgabe diese verpflichtet sind, ergänzt, und mithin mit der rechtskräftigen Verurteilung auch eine Regelung durch die Teilhaber vorliegt.[3])

---

[1]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 449 N. 16.

[2]) vgl. Prot. Bd. 2 S. 755; Denkschr. S. 132. Der E. I (Mot. Bd. 3 S. 877) enthielt die Vorschrift nicht; dazu Gierkes Kritik (Personengemeinschaften in dem Entwurf eines BGB. S. 58, 59): „es sei nicht einzusehen, warum der Dritte, der an ein Gemeinschaftsverhältnis herantrete, ein angeborenes Menschenrecht darauf haben solle, unbekümmert um die innere Gestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses einen Anteil rechtsgeschäftlich zu erwerben, auch könne der Teilhaber nicht mehr Recht übertragen, als er selbst habe“. Die letzte Begründung ist anfechtbar (vgl. den Schluß dieses Paragraphen).

[3]) vgl. die Ausführungen in § 9; wie oben Crome § 286 Anm. 73; Dernburg, Lehrb. § 369 Anm. 4; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 799; Binder, Rechtsstellung Bd. 3 S. 276; Planck § 746 Nr. 2; jetzt auch Oertmann § 746 Bem. 1; and. M. Fischer-Henle § 746 Anm. 1 und früher auch (1. Aufl.) Oertmann zu § 746.

Bereitet die praktische Anwendung der §§ 746, 751, 1010 (vielleicht mit Ausnahme von § 1010) nicht allzu große Schwierigkeiten, so sind die konstruktiven Zweifel, die diese Parapraphen bieten, um so größer. Die 2. Kommission hat die Konstruktionsfrage nicht entscheiden wollen (Prot. Bd. 3 S. 229), und das Gesetz hat von seinem Rechte, eine praktische Regelung zu geben, ohne sich um die systematische Einfügung derselben zu kümmern, Gebrauch gemacht.

Als in der Literatur herrschend ist wohl die Ansicht anzusehen, die den Vereinbarungen, Mehrheitsbeschlüssen und Regelungen gemäß § 745 Abs. 2 ausnahmsweise eine Wirkung auf das dingliche Rechtsverhältnis beilegt und damit die Wirkung gegen die Sondernachfolger erklärt. Im einzelnen finden sich allerdings hier wiederum kleine Abweichungen. Einzelne scheinen von der Annahme auszugehen, das dingliche Anteilsrecht des einzelnen werde unmittelbar in der Weise modifiziert, daß man nicht einmal ein dingliches Gegenrecht, hinter dem einzelne Befugnisse des Anteilsrechts vermöge seiner Elastizität zurücktreten, anzunehmen brauche. Die Mehrheit jedoch operiert mit der Annahme einer „eigenartigen Belastung“, die an jedem Anteile zugunsten der übrigen Anteile bestehe, und nimmt an, das ganze Rechtsverhältnis sei ähnlich dem bei einer Grunddienstbarkeit.[1]

Eine abweichende Meinung vertritt zunächst Kretzschmar,[2] der in den oben erwähnten Fällen ein ausnahmsweise (entgegen der Regel des § 137) nach außen wirkendes vertragliches Veräußerungsverbot, eine Verfügungsbeschränkung annimmt. Die Eintragung im Grundbuche habe nur den Charakter eines Berichtigungsverfahrens. Den im übrigen beachtenswerten Aus-

---

[1]) Die dingliche Auffassung vertreten Mot. Bd. 3 S. 439, bezüglich des Teilungsausschlusses in besonders scharfer Ausprägung; Planck Bd. 3 § 1010 c, den Motiven zustimmend; außerdem Biermann § 1010, 1; Crome Bd. 2 S. 813 Anm. 75; Enneccerus Bd. 2 § 405 S. 50 Anm. 6; Oertmann zu § 745; Staudinger zu § 745 und auch wohl Oberneck Bd. 1 S. 449 § 63 Erl. 1, der zwar zunächst von einer obligatio in rem scripta redet, daraufhin aber sagt, er meine damit, der obligatorischen Verabredung werde eine Einwirkung auf das dingliche Recht gegeben.

[2]) Kretzschmar im Recht 1902 S. 225 ff.; ähnlich Reichel, Vormerkung, in IheringsJ. Bd. 46 S. 27 ff. und auch Neumann § 1010 Bem. 1.

führungen ist entgegenzuhalten, daß die Regelung des Gebrauchs und der Benutzung keineswegs immer Verfügungsbeschränkungen zu enthalten braucht.[1])

Um die Konstruktionsfrage zu lösen, muß m. E. von der Natur der Regelungen ausgegangen werden, die, wie das Gesetz sagt, gegen den Sondernachfolger wirken. Wir haben gesehen, daß einstimmige wie Mehrheitsbeschlüsse obligatorischer Natur sind. Von der Regelung nach § 745 kraft Richterspruchs gilt Entsprechendes. Unmittelbare Wirkung wurde diesen Regelungen nur in dem einen Falle beigelegt, wenn es sich um die Veränderung von obligatorischen Verpflichtungen handelte. Wie kann es demnach denkbar sein, daß durch die oben erwähnten Verträge das dingliche Anteilsrecht modifiziert werden soll? Die obligatorischen Beziehungen, die der Tatsache der dinglichen Gemeinschaft entspringen, sind von dem dinglichen Rechte, das ihre Grundlage bildet, zu scheiden. Begrifflich sind sie verselbständigt. Eine Veränderung und Umschaffung der obligatorischen Beziehungen kann keine Modifikation des dinglichen Anteilrechts, dem diese Beziehungen entspringen, sein. Teils wird das von der herrschenden Lehre verkannt. Meist jedoch faßt man die Beziehungen, die wir für obligatorisch erklären, so insbesondere den Teilungsanspruch, dinglich auf. Aber auch wenn der Teilungsanspruch und andere Beziehungen zwischen den Teilhabern wirklich dinglicher Natur sein sollten, so müßte wiederum bestritten werden, daß die Regelungen dieser Beziehungen unmittelbar wirken würden. M. E. könnten dann immer nur obligatorische Gegenrechte geschaffen werden. Wird beispielsweise die Teilung auf 10 Jahre ausgeschlossen und fassen wir den Teilungsanspruch dinglich auf, so würde m. E. der Teilungsanspruch nicht unmittelbar verändert werden, vielmehr würde nur ein einredeweise geltend zu machendes obligatorisches Gegenrecht zur Entstehung gelangen. Andernfalls gelangten wir zur Annahme dinglich wirkender Verträge, die Rechte weder begründen, übertragen, noch aufheben, sondern solche nur abändern. Verträge dieser Art würden aber einzigartig in unserem Rechtssystem da=

---

[1]) So schon Oberneck a. a. O. und Kattausch a. a. O. S. 38.

stehen. Es ist nicht anzunehmen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch hier gerade im Gemeinschaftsrechte Ausnahmen schaffen wollte Oder wiederum, wenn man dinglich wirkende Gegenbelastungen. annimmt, kommt man zur Annahme ungezählter verschiedenartiger dinglicher Rechte. Dazu gibt unser sachenrechtliches System keine Berechtigung.

M. E. läßt sich die Bindung der Sondernachfolger an die Verwaltungs- und Teilungsabreden richtiger und zwangloser als obligatio in rem scripta erklären.[1]) Die einer Gemeinschaft entspringende Obligation ist sogen. „gesetzliche Obligation", d. h. eine Verpflichtung, die unmittelbar und nur kraft Gesetzes, nicht durch Willensakt der Parteien zur Entstehung gelangt. Was hindert uns, einfach zu sagen: Die Sondernachfolger sind gebunden, weil das Gesetz in ihrer Person unter den gegebenen Voraussetzungen (Vertrag der Vormänner event. Eintragung) eine neue gesetzliche Obligation zur Entstehung gelangen läßt.[2]) Die Bindung der Nachfolger beruht demnach nicht auf dem Vertrage der Vormänner, sondern entsteht unmittelbar kraft Gesetzes. Das Gesetz stellt aber den Vertrag der Vormänner als Tatbestandsmerkmal der Entstehung einer quasikontraktlichen Obligation auf. Mißlich bei dieser Konstruktion ist nur, die Eintragung der Verwaltungs- und Teilungsabreden im Grundbuche zu erklären. Man wird hier jedoch annehmen müssen, daß das Grundbuch im Falle des § 1010 Abs. 1 ausnahmsweise zu Zwecken benutzt wird, deren Erfüllung sonst nicht seine Aufgabe ist, nämlich zur Verlautbarung obligatorischer Rechte, die in der Person des Nachmannes neu zur Entstehung gelangen.

Nach dem Ausgeführten muß der Ausdruck des § 1010 Abs. 1 „Belastung des Anteils" zum mindesten als irreführend bezeichnet werden. Im Falle des § 1010 Abs. 2 handelt es sich dagegen um eine wirkliche grundschuldähnliche „Belastung" des Anteils.[3])

---

[1]) Ähnlich Kattausch a. a. O. S. 38.

[2]) vgl. v. Tuhr, Allgem. Teil S. 68.

[3]) vgl. Kretschmar a. a. O. und die Kommentare zu § 1010 Abs. 2.

§ 11.

Verfügung.

Gemeines wie bürgerliches Recht stimmen in der freien Verfügungsbefugnis des Gemeinschafters über seinen „Anteil“ überein.[1]) Dieses Verfügungsrecht bildet den Hauptunterschied der Gemeinschaft von den deutschrechtlichen Gesamthänderschaften mit ihrer dinglichen Gebundenheit der Anteile. Im Gegensatze hierzu wird bei der Gemeinschaft der Anteil des Gemeinschafters als Verkehrsobjekt behandelt. Das freie Verfügungsrecht ist nicht einmal durch ein Vorkaufsrecht begrenzt, wie das zwar nicht im gemeinen Recht, wohl aber im allgem. Landrecht und im code civil der Fall war.[2]) Man hat also zugunsten der Verkehrsfähigkeit des Anteils auf jegliche personenrechtliche Bindung verzichtet. Die Protokolle (S. 3067, 3068) meinen, der Nachweis für ein Bedürfnis solches Vorkaufsrechtes sei nicht erbracht. Darüber läßt sich vielleicht streiten. Mit der sonstigen Tendenz unseres Gesetzes, die Gemeinschaft mitgliedschaftsähnlich zu gestalten (Mehrheitsbeschlüsse, Wirkung von Abreden gegen die Sondernachfolger, unbeschränkter Ausschluß der Teilung), stimmt die Abschaffung des Vorkaufsrechtes wenig überein. Natürlich kann ein Ersatz für das Fehlen eines gesetzlichen Vorkaufsrechtes durch Bestellung eines vertraglichen obligatorischen oder bei Grundstücken auch dinglichen Vorkaufsrechtes geschaffen werden.

Je nachdem die gemeinschaftliche Sache beweglich ist oder nicht, unterliegt der Anteil bezüglich Übertragung und Belastung verschiedenen Rechtsgrundsätzen. Daß die Vorschriften über Erwerb und Verlust des Eigentums an Sachen auch auf den Erwerb und Verlust des Anteils anzuwenden sind, bestimmte der 1. Entw. in § 848 ausdrücklich. Die Bestimmung wurde in der Kommission für die 2. Lesung als überflüssig gestrichen. Man wird jedoch zu gleichem Resultate kommen müssen, gleichviel

---

[1]) l. 25 § 26 fam. erc. 10, 2 („partem alienare“); l. 2 C. de comm. rer. alienatione 4, 52; l. 6 § 9 D. comm. div. 10, 3; § 747 Satz 1.

[2]) ALR. I, 13 §§ 61, 65; code civil art. 841.

welcher Auffassung von der juristischen Natur des Miteigentums man beitritt.[1])

Das Gesetz fährt in § 747 Satz 2 fort: „Über den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen können die Gemeinschafter nur gemeinschaftlich verfügen". Es sollte damit wohl zum Ausdruck gebracht werden, daß eine solche Verfügung nicht durch Mehrheitsbeschlüsse durchgeführt werden kann. Im übrigen aber ist die Vorschrift überflüssig. Daß das Gesetz mit den Worten „Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen" einen neuen Begriff hat aufstellen wollen, der etwas von der Summe der Verfügungen aller Teilhaber über ihre Anteile Verschiedenes ist,[2]) ist unwahrscheinlich. Wir werden allerdings auf Grund der im zweiten Teile der Arbeit enthaltenen theoretischen Erörterungen dazu kommen, zwischen dem gemeinschaftlichen Rechte und der Summe der Anteilrechte zu scheiden.

Während der Alleineigentümer eine Quote seines Rechts mangels der Möglichkeit entsprechender Besitzaufgabe nicht aufgeben kann,[3]) kann der Miteigentümer seinen Anteil derelinquieren, da er in der Lage ist, durch Aufgabe seines Mitbesitzes seine Beziehung zu der Sache ganz und offensichtlich zu lösen. Sänger[4]) kommt auf Grund eingehender theoretischer Betrachtungen zu anderem Ergebnisse und spricht dem Verzichte eines Teilhabers jeden rechtlichen Erfolg ab. Der Gemeinschafter könne nur so ausscheiden, daß ein anderer gleichzeitig an seine Stelle trete. Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Die sich aus § 747 Satz 1 ergebende Dereliktionsbefugnis des Gemeinschafters muß mindestens ebenso sicher wie die Ablehnung der Anwachsung, von der Sänger das selbst zugibt, als positivrechtliche Regelung angesehen zu werden, zu deren Regelung uns keinerlei theoretische Schwierigkeiten oder gar Unmöglichkeiten berechtigen können.

---

[1]) Über die Anwendung der Eigentumsgrundsätze auf den Anteil in dieser Hinsicht vgl. v. Seeler a. a. O. Abt. 2 S. 39ff.

[2]) So Sänger a. a. O. S. 76/77.

[3]) So mit obiger Begründung schon Böcking, Pand. Bd. 2 § 157c; Göppert, Miteigentum S. 49; ferner Hirsch a. a. O. S. 22; Doßmann a. a. O. S. 58; and. M. anscheinend, jedoch in sich selbst widerspruchsvoll Kohler, Gesammelte Abhandl. S. 193 und derselbe, Autorrecht S. 380.

[4]) a. a. O. S. 111ff.

über das Rechtsschicksal des aufgegebenen Anteils ist damit aber noch nichts gesagt,[1]) und es fragt sich, ob das aufgegebene Anteilsrecht herrenlos und okkupationsfähig wird, oder ob Anwachsung zugunsten der übrigen Gemeinschafter eintritt. Diese Frage hat in der gemeinschaftlichen Literatur eine Rolle gespielt, die außer jedem Verhältnis zu ihrer praktischen Bedeutung steht,[2]) und zwar aus dem Grunde, weil man sie nicht zu Unrecht in prinzipiellen Zusammenhang mit dem Streit über die juristische Natur des Miteigentums gebracht hat. Der 1. Entwurf (vgl. dazu Mot. Bd. 3 S. 442 ff.) hat in § 950 Abs. 1 die Akkreszenztheorie abgelehnt. In der 2. Lesung (Prot. Bd. 3 S. 280/81) wurde jedoch der betreffende Passus gestrichen, weil „für diese praktisch wenig bedeutende Frage eine sehr verwickelte Regelung erforderlich wäre und die Entscheidung besser der Wissenschaft und Praxis überlassen werde“. Obwohl das Bürgerliche Gesetzbuch zu der alten Kontroverse keine Stellung genommen hat, hat doch erfreulicherweise die Beachtung, die die Frage in der Literatur findet, erheblich abgenommen. Man tut recht daran, die Akkreszenzfrage trotz des unverkennbaren Zusammenhanges nicht von den unsicheren und umstrittenen Theorien des Miteigentumsstreites abhängig zu machen, sondern dem Schweigen des Gesetzes ein ziemlich unbedenkliches argumentum e contrario zu entnehmen. Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Anteil durch Verzicht eines Miteigentümers herrenlos wird und der Aneignung unterliegt, ein Resultat, das auch mit der selbständigen Stellung, die das Gesetz dem Anteile einräumt, in Einklang steht.[3]) Der praktisch

---

[1]) Irrig anscheinend Göppert, Miteigentum S. 49 ff., der derelinquieren und herrenlos identifiziert; vgl. aber die treffliche Definition l. 47 Satz 2 J. 2, 1.

[2]) Für Akkreszenz Dernburg, Pand. Bd. 1 § 195 Abs. 3; Diez a. a. O. S. 21 ff.; Eisele a. a. O. S. 34; Girtanner a. a. O. S. 262 ff.; Kohler, Gesammelte Abhandl. S. 192 ff.; Rümelin, Teilung S. 368 ff.; Scheurl a. a. O. S. 26 ff.; Steinlechner a. a. O. S. 110 ff.; Windscheid Bd. 1 § 165a Anm. 5; gegen Akkreszenz Göppert, Miteigentum S. 49 ff.; Eck a. a. O. S. 94; v. Seeler a. a. O. Abt. 1 S. 64 ff.

[3]) Wie oben, teilweise unter Beibringung noch anderer Gründe, Doßmann a. a. O. S. 65; Fischer-Henle zu § 928; Fuchs zu § 928 Anm. 6; Hirsch a. a. O. S. 70; Joerges a. a. O. Abt. I S. 151 ff.; Sokolowski a. a. O. S. 417 ff.; Kattausch a. a. O. S. 22; Sänger a. a. O. S. 111; Turnau-

nicht gerade willkommenen Folgerung, daß dann bei Grundstücken das ausschließliche Aneignungsrecht des Fiskus, den die übrigen Gemeinschafter wegen nicht zu vermeidender Schwerfälligkeit und unspekulativen Geistes als Genossen wenig schätzen werden, eingreift (§ 928 Abs. 2 BGB., Art. 129 EG. z. BGB.), steht andererseits der Vorzug gegenüber, daß man, wenn man Anwachsung annimmt, dem bleibenden Genossen wider seinen Willen mit dem Mehr an Recht unter Umständen auch größere Lasten und Kosten aufbürden würde.

Der einzelne Gemeinschafter kann seinen Anteil nicht nur veräußern, sondern auch sonst über denselben verfügen. Er kann denselben mit einem Nießbrauch, einer Reallast, einem Pfandrecht und einem dinglichen Vorkaufsrechte belasten, während dem Alleineigentümer nach §§ 1095, 1106, 1113 BGB. die Belastung eines Bruchteils mit einer Reallast, einem Vorkaufsrechte oder einer Hypothek aus „Zweckmäßigkeitsgründen", wie die Motive (Bd. 3 S. 454, 639) sagen, nicht aus Gründen der Rechtskonsequenz untersagt ist.[1]) Ferner unterliegt der Anteil des einzelnen Genossen der Zwangsvollstreckung (§§ 751 Satz 2 BGB., 858, 864 Abs. 2 ZPO.). Dagegen kann der einzelne Gemeinschafter seinen Anteil nicht mit einem Erbbaurecht, einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit belasten.[2]) Der 1. Entw. (§§ 961 Abs. 2, 1045) glaubte das bezüglich des Erbbaurechts und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit besonders hervorheben zu müssen. Dagegen wurden die Bestimmungen von der 2. Kommission (Prot. Bd. 3 S. 282, 310, 436) mit Recht gestrichen, weil sich die Unmöglichkeit, die fraglichen Rechte an einem Bruchteile zu bestellen, schon aus dem stets auf das ganze Grundstück als solches gerichteten Inhalte und der tatsächlichen Natur der

---

Förster zu § 928 Anm. 7 u. a.; and. M. Ernim a. a. O. S. 37/38; ten Hompel a. a. O. S. 57; Walsmann, Verzicht S. 130 ff., 247.

[1]) Der E. I (§§ 981, 985 Abs. 2, 1146, 1185 Abs. 1) bestimmte ausdrücklich, daß der Alleineigentümer einen Anteil seiner Sache mit einem Nießbrauch belasten und, falls die Sache beweglich ist, auch verpfänden könne. Die 2. Kommission strich die Vorschriften als „selbstverständlich" (Prot. Bd. 3 S. 384, 387, 411), ohne dadurch den Sinn des Gesetzes zu ändern (vgl. auch § 311 BGB.).

[2]) Irrig Cosack, Lehrb. Bd. 2 S. 453 ff.

Rechte ergibt. Für die Grunddienstbarkeit war aus diesem Grunde (Mot. Bd. 3 S. 482) schon in dem 1. Entw. keine Bestimmug getroffen.

Die Frage, ob es möglich ist, subjektiv dingliche Recht (Grunddienstbarkeit, Vorkaufsrecht, Reallast) zugunsten des jeweiligen Inhabers eines Anteils zu bestellen, wird auf Grund der Geschichte,[1] ferner des Wortlauts des Bürgerlichen Gesetzbuchs,[2] schließlich wohl auch mangels praktischen Bedürfnisses von der gesamten Literatur[3] mit Recht verneint, wenn schon die Frage neuerdings angesichts der beachtenswerten Ausführungen von Kattausch immerhin etwas zweifelhaft erscheinen kann. Im einzelnen soll der Frage nicht nachgegangen werden, weil es sich dabei nicht um eine rechtliche Erweiterung des Anteils, aus der sich etwas für das Wesen des Miteigentums folgern ließe, handelt, vielmehr die Frage mit unserem Thema nur in etwas entferntem Zusammenhange steht.

§ 12.

Geltendmachung der dinglichen Klagen.[4]

Der 1. Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmte in § 951 ausdrücklich, daß die Vorschriften über die Eigentumsansprüche auf das Miteigentum Anwendung finden sollten „mit der Maßgabe, daß der Miteigentümer gegen jeden Mitbesitzer sowie gegen den Besitzer und Inhaber der Sache den Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes hat". Die Kommission für die zweite Lesung hat den betreffenden Passus gestrichen, weil „es einer derart erläuternden Vorschrift nicht bedürfe" (Prot. Bd. 3 S. 281). So fehlt es denn dem Bürgerlichen Gesetzbuch wie allen

[1] l. 8 § 1; l. 11 D. 8, 1; l. 5; l. 6 § 1 D. 8, 4; l. 11; l. 32 D. 8, 3; Prot. Bd. 3 S. 310.

[2] §§ 1018, 1019, 1103, 1110.

[3] z. B. Doßmann a. a. O. S. 71; Hirsch a. a. O. S. 65; and. M. meines Wissens nur Kattausch a. a. O. S. 31.

[4] Für das folgende Kapitel sei allgemein verwiesen auf die Dissertation von Proß, Hat der Miteigentümer die dinglichen Klagen gegen die anderen Miteigentümer und gegen Dritte? S. 1 ff.

modernen Gesetzgebungen an besonderen Vorschriften über den Schutz des Miteigentums. Es ist jedoch unzweifelhaft, daß, soweit nicht die Natur der Sache oder erläuternde Vorschriften ein anderes gebieten, die Vorschriften über den Eigentumsschutz auf das Miteigentum sinngemäß anzuwenden sind. Es ergibt sich dies aus der grundsätzlichen Auffassung des Gesetzes, wonach das Miteigentum als besondere Art des Eigentums angesehen wird,[1]) sowie auch aus der Vorschrift des § 1011, die als modifizierende Sondervorschrift eine allgemeine Regel voraussetzt.

Aus dem Vorhergehenden folgt, daß jeder Gemeinschafter seinen Anteil vindizieren kann, sowohl gegen die anderen Gemeinschafter[2]) wie auch gegen Dritte. An Stelle des Besitzes kann Einräumung des Mitbesitzes verlangt werden. Diese sogen. Teilvindikation war die Regelung des römischen Rechts.[3]) Sie ist grundsätzlich auch die des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dieses hat jedoch aus praktischen Gründen die Befugnis des Miteigentümers erweitert durch die Bestimmung des § 1011, wonach jeder Miteigentümer Herausgabe der ganzen Sache gemäß § 432 an alle verlangen kann. Dem einzelnen steht hiernach die prozessuale Geltendmachung der materiellen Rechtsgrundlage aller Genossen zu.[4]) Er muß im Prozesse auch deren Berechtigung nachweisen.[5]) Die einfache Erwägung, daß da dem einzelnen Gemeinschafter nicht zugemutet werden kann, auf seine Kosten um das Recht der anderen zu prozessieren, ergibt, daß, wie oben bereits behauptet wurde, es auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch dem Miteigen-

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 438, 442, 443; Prot. Bd. 3 S. 276.

[2]) Hellwig, Anspruch- und Klagrecht S. 186 will zu Unrecht im Verhältnisse der Miteigentümer zueinander keine dinglichen Ansprüche, sondern nur die Gemeinschaftsobligationen gelten lassen.

[3]) l. 6 pr. § 2 D. 6, 1; l. 76 § 1 D. 6, 1; l. 47 D. 10, 2.

[4]) Hierzu Biermann, Sachenrecht § 1011 Bem. 2; Hirsch a. a. O. S. 78; Komm. d. RGRäte zu § 1011 Bem. 1; Staudinger § 1011 Bem. 3. Gegen die abweichende Ansicht von Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 1086, wonach die Bestimmung des § 1011 und die Anwendung des § 432 sich schon aus allgemeinen Grundsätzen ergeben soll (ebenso Planck Bd. 3 S. 345ff.; Doßmann a. a. O. S. 90), vgl. die Ausführungen von Kattausch a. a. O. S. 25.

[5]) And. M. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 § 372 II, 3; v. Seeler a. a. O. Abt. II S. 35.

tümer nicht untersagt sein kann, die Vindikation nur bezüglich seines Anteils geltend zu machen. Die Bestimmung des § 1011, die nur bezüglich des Eigentums getroffen ist, dürfte zweckmäßigerweise auch auf andere absolute Rechte anzuwenden sein.[1])

Auch die Eigentumsfreiheitsklage (actio negatoria), bezüglich deren schon das römische Recht eine wenigstens ähnliche Bestimmung enthielt,[2]) kann nach der Bestimmung des § 1011 von jedem Miteigentümer in Ansehung der ganzen Sache geltend gemacht werden. Hier handelt es sich aber nicht um eine Erweiterung der Anteilsbefugnis, da die Beseitigung der Störung eines Anteils notwendigerweise die Befreiung der übrigen Anteile nach sich zieht. Der § 1011 wäre also für die Eigentumsfreiheitsklage im allgemeinen überflüssig gewesen.[3]) Nur soweit es sich um die ganz seltenen Fälle teilbarer Störungsakte (z. B. ein Dritter behauptet, einen Nießbrauch an der gemeinschaftlichen Sache zu haben) handelt, ist eine Beschränkung der actio negatoria auf den Schutz eines Anteils möglich, und hier wird in der Tat durch § 1011 eine Erweiterung der Rechte des einzelnen Miteigentümers herbeigeführt.

Was die Anwendung des § 1011 auf den den §§ 894 ff. BGB. entspringenden dinglichen Anspruch auf Grundbuchberichtigung anbetrifft, so kann nur die eine Frage zweifelhaft sein, ob der einzelne Miteigentümer auch dann den Berichtigungsanspruch hat, wenn nicht sein, sondern nur das Anteilsrecht seiner Genossen durch fehlerhafte Eintragungen beeinträchtigt erscheint. Die Frage wird gegen Kattausch[4]) verneint werden müssen, da der § 1011 die Tendenz hat, die Eigentumsansprüche des Miteigentümers zu erweitern, nicht aber solche erst zu schaffen.

Als letzter dem Eigentum entspringender dinglicher Anspruch kommt der Abholungsanspruch des § 1005 in Frage. Bezüglich dessen ist darauf hinzuweisen, daß hier die Herausgabe nicht

---

[1]) Sänger a. a. O. S. 106, 107.

[2]) l. 6 § 4 D. 8, 5.

[3]) Doßmann a. a. O. S. 91 nimmt irrig an, ohne die Bestimmung des § 1011 hätte es zur Erhebung der actio negatoria der Mitwirkung aller Gemeinschafter bedurft. Es ist im übrigen müßig, über diese Irrealität zu streiten.

[4]) a. a. O. S. 28, 29.

gemäß § 432 an alle erfolgt, sondern der Natur der Abholung entsprechend, an denjenigen der das Abholungsrecht geltend macht, eine praktische Merkwürdigkeit, die durch eine gewisse Notlage gerechtfertigt wird.

Der Anspruch auf § 1007 BGB. ist kein Eigentumsanspruch. Da jedoch das Gesetz den Anspruch unter dem Titel „Ansprüche aus dem Eigentum“ behandelt und sich auch sonst Berührungspunkte mit dem Eigentumsanspruch zeigen (§ 1006!), ist eine direkte oder wenigstens analoge Anwendung des § 1011 unbedenklich.[1])

C. Endigung der Gemeinschaft.

§ 13.

Die Gemeinschaft findet ihr Ende durch Teilung, das ist eine Auseinandersetzung, die den Zweck und Erfolg hat, die Gemeinschaft aufzuheben und gleichzeitig jedem Gemeinschafter eine seinem Anteile entsprechende Wertquote zu verschaffen.[2]) Das Bürgerliche Gesetzbuch vermeidet den Ausdruck „Teilung“, weil eine solche im engeren Sinne vielfach ausgeschlossen ist,[3]) und redet von „Aufhebung“. Es meint jedoch hiermit Teilung, nicht eine bloße Aufhebung, die ja auch schon vorliegen würde, wenn ein Gemeinschafter seinen Anteil an Dritte veräußert.

Das frühere Recht wie auch das Bürgerliche Gesetzbuch gewähren jedem Gemeinschafter das unverjährbare Recht, jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft herbeizuführen.[4]) Dieses Recht

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 439.

[2]) Über den Teilungsbegriff vgl. Geib a. a. O. S. 50ff.; Göppert, Miteigentum S. 252; Rümelin, Teilung S. 77ff.; Zimmermann im ArchZivPrax. Bd. 34 S. 20, insbesondere aber die Monographie von Lammfromm, Teilung S. 1ff.

[3]) §§ 751, 752, 753 und hierzu Planck Bd. 2 zu § 751; Matthiaß Bd. 1 S. 616.

[4]) Die actio communio dividundo in ihrer ursprünglichen und Hauptfunktion; const. 5 comm. div. 3, 37: „in communione nemo impellitur invitus detineri“; code civil art. 815; sächs. BGB. § 437; ALR. I, 17 §§ 45ff.; §§ 749 Abs. 1, 758 BGB.

konnte nach gemeinem Recht nur für bestimmte Zeit und nur, falls ein Bedürfsnis dafür vorlag, ausgeschlossen werden.[1]) Der 1. Entwurf (§ 767) wollte einen Ausschluß der Teilung nur für die Zeit von 30 Jahren gelten lassen. Das Bürgerliche Gesetzbuch läßt im Interesse der Teilhaber mit Recht die Bestimmung einer Kündigungsfrist wie auch zeitlich unbeschränkten Ausschluß der Teilung zu (§ 749 Abs. 2). Härten, die sich nach der entgegengesetzten Richtung ergeben könnten, gleicht das Gesetz aus, indem es jedem Teilhaber das Recht gewährt, ungeachtet jeder Vereinbarung jederzeit die Aufhebung zu fordern, wenn ein „wichtiger Grund" vorliegt.[2])

Der römische Teilungsspruch war nicht wie der heutige in bezug auf bestimmte Teilungsmodalitäten festgelegt. Der römische Richter hatte unter Berücksichtigung in erster Linie von Abreden der Gemeinschafter, im übrigen aber des Interesses aller Genossen nach freiem Ermessen die Art der Teilung zu bestimmen, die ihm am annehmbarsten dünkte.[3]) Als zweite Eigentümlichkeit des römischen Rechts kommt die sogen. Adjudikationsbefugnis des römischen Teilungsrichters hinzu. Dieser hatte die Teilungsart nicht nur zu bestimmen, sondern gleichzeitig durchzuführen, d. h. als Exekutionsinstanz alle zur Ausführung derselben notwendigen Anordnungen zu treffen. Er konnte insbesondere Eigentum übertragen und auch neue dingliche Rechte an den dem einzelnen zugewiesenen Gegenständen begründen.[4])

Diese römischrechtliche Regelung darf nicht schlechthin unter Ignorierung der Entwicklung des Teilungsprozesses als die spät-

---

[1]) l. 14 § 2 D. 10, 3: „Si conveniat, ne omnio divisio fiat, huiusmodi pactum vires habere manifestissimum est: sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet.

[2]) Über die Auslegung des Ausdrucks „wichtiger Grund" s. v. Seeler a. a. O. Abt. 2 S. 74. Man wird unter Berücksichtigung der Wesensverschiedenheit der beiden Rechtsverhältnisse (Komm. d. RGRäte zu § 749 Anm. 1) mitunter auf die Vorschriften über die Gesellschaft (z. B. § 723) zurückgreifen können. Beispiele für das Vorliegen eines wichtigen Grundes bei Oertmann zu § 749 Anm. 2.

[3]) l. 21 D. 10, 3: „iudicem in praediis dividundis quod omnibus utilissimum est vel quod malint litigatores sequi convenit".

[4]) § 5 J. de off. Jud. 4, 17; l. 22 § 1; l. 55 fam. erc. 10, 2; l. 6 § 10 D. comm. div. 10, 3.

gemeinrechtliche angesprochen werden, wie das z. B. von den Motiven (Bd. 2 S. 882 ff.) geschieht. Der gemeinrechtliche Zustand ist der widerspruchsvollster Unklarheit.[1]) Nach den §§ 230 Ziff. 2, 235 Ziff. 3, 279 ZPO. alter Fassung hätte der Antrag der Teilungsklage, über den der Richter nach § 279 ZPO. (alte Fassung) nicht hätte hinausgehen dürfen, bestimmt lauten müssen. Anderseits aber betont das Reichsgericht,[2]) dem sich partikularrechtliche Entscheidungen anschlossen, mit Entschiedenheit, daß der Teilungsrichter in betreff der von ihm anzuordnenden Teilungsmodalitäten nicht an den Antrag der Klage gebunden sei. Dies Resultat war, von dem Widerspruch mit der Zivilprozeßordnung abgesehen, insofern auch unbillig, als der die Teilung begehrende Genosse mangels gesetzlicher Fixierung des Teilungsanspruches niemals wissen konnte, welche Teilungsart der Richter für die zweckmäßigste halten würde, und infolgedessen immer Gefahr lief, unschuldigerweise Prozeßkosten aufgebürdet zu bekommen, wenn sich sein Teilungsantrag nicht mit dem Vorschlage des Richters deckte. Auch das römische Adjudikationsprinzip wurde wohl kaum bis in die spätgemeinrechtliche Zeit durchgehalten. Die Durchführung der Teilung verschob sich, wenn schon das von der Literatur mitunter nicht zugegeben wurde, allmählich in die Vollstreckungsinstanz, und die Aufgabe des Richters beschränkte sich auf die Entscheidung über einen geltend gemachten obligatorischen Anspruch und die Schaffung eines Titels für die Vollstreckung.

Das allgem. Landrecht[3]) hat überhaupt keinen erzwingbaren Teilungsanspruch ausgebildet. Wohl aber war jeder Teilhaber berechtigt, auf öffentlichen Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes anzutragen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat einen gesetzlich bis ins einzelne fixierten Teilungsanspruch geschaffen. Soweit der gemeinschaftliche Gegenstand teilbar ist, erfolgt die Teilung in Natur (§ 752).

---

[1]) vgl. über die gemeinrechtliche Gestaltung der Teilungsklagen Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm S. 70 ff.; Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 461; Eck a. a. O. S. 148 ff.; Göppert in KrVJSchr. Bd. 14 S. 560; Lammfromm, Teilung S. 34 Anm. 1.

[2]) RGE. Bd. 12 S. 199.

[3]) ALR. Teil 1 Titel 17 §§ 87—90.

Soweit das nicht der Fall ist, erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft nach § 753 durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf (§§ 1233 ff.), bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung (ZVG. §§ 180 ff.), und anteilsmäßige Teilung des Erlöses. Der Teilungsanspruch des einzelnen Teilhabers richtet sich auf Abgabe der zu der betreffenden Teilungsart notwendigen Willenserklärungen.

Der Anspruch ist obligatorischer Natur.[1] Schon in der gemeinrechtlichen Literatur[2] wurde er überwiegend so aufgefaßt, obwohl man da wirklich zweifelhaft sein konnte. Für das heutige Recht sollte bei der Fixierung des Anspruchs und der Stellung der betreffenden Bestimmungen im Obligationenrecht („kann verlangen") die schuldrechtliche Natur der Teilungsklage nicht mehr angezweifelt werden.[3] Der Auffassung der Motive (Bd. 3 S. 439), wonach anscheinend der Anspruch auf Teilung als auf den dem Anteilsrecht in Wahrheit entsprechenden Zustand zielend den Hauptinhalt des dinglichen Rechts bilden soll, kann nicht beigepflichtet werden. Ein dingliches Recht, dessen Wirksamkeit auf seinen eigenen Untergang gerichtet ist, ist ein Unding. Ein obligatorisches Recht, das den Untergang des dinglichen Rechts, dem es entspringt, bezweckt, läßt sich weit eher denken. Daß der Anspruch von dem Stande der Gemeinschaft abhängig ist und sich infolgedessen jeder Gemeinschafter von demselben durch Veräußerung seines Anteils befreien kann, sollte der Auffassung als Teilungsobligation nicht widerstreiten.[4] Ebenso sollte es mit der obigen Auffassung zu vereinen sein, daß im Falle des Konkurses eines Teilhabers dessen Anteil in einem von dem Konkurs unabhängigen Verfahren ermittelt wird (§ 16 KO.).[5] Der Teilungsanspruch ist in die Gruppe der obligatorischen Ansprüche, die im Konkurse ein

---

[1]) So z. B. Binder, Rechtsstellung Bd. 3 S. 79 ff.; Crome Bd. 2, 2 S. 818; Goldmann-Lilienthal S. 796; Oertmann § 749 Bem. 1 b; Sohm, Institutionen S. 306/07; Staudinger § 749 Bem. 1 b.

[2]) vgl. z. B. Geib a. a. O. S. 82 ff.

[3]) Wie das von Lammfromm a. a. O. S. 266 ff. mit Entschiedenheit geschieht.

[4]) And. M. Lammfromm a. a. O. S. 268.

[5]) And. M. Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 367 ff.

Aussonderungsrecht gewähren (Leihe, Verwahrung, Pfandvertrag), einzureihen.

Gegenüber der gemeinrechtlichen Wirrnis muß die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches, die die Durchführung des Teilungszweckes in Einklang mit der neueren Entwicklung des Prozeßrechts bringt, als befriedigend anerkannt werden. Darüber, ob die bürgerlichrechtliche Regelung dem ursprünglichen römischen Rechte gegenüber vom praktischen Standpunkte aus auch den Vorzug verdient, läßt sich eher streiten. Gierke z. B. (Personengemeinschaften in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches S. 64) bedauert, daß der Richter nicht mehr eigene Maßregeln vorschreiben könne. Die Motive (Bd. 2 S. 883) meinen, das römische Recht habe dem Teilungsrichter allzu große Aufgaben gestellt, die er nur selten in befriedigender Weise habe lösen können. Mit diesen Schwierigkeiten kann es jedoch so schlimm nicht gewesen sein, wenn man bedenkt, daß auch der römische Teilungsrichter im allgemeinen nur Anregungen der Parteien gefolgt sein wird. Demgegenüber ist folgendes zu bedenken. Unser Gesetz hat die bewußte[1]) Tendenz, die Gemeinschafter indirekt veranlassen zu wollen, sich gütlich durch Vertrag über die Teilung zu einigen. Wenn diese das nicht tun, kommt der gemeinschaftliche Gegenstand, falls er nicht gerade teilbar ist, zur Versteigerung und der Erlös, der hier erzielt wird, wird vielfach hinter dem wirklichen Werte zurückbleiben. Die Tendenz ist an sich vernünftig. Jedoch liegt die Gefahr nahe, daß ein rücksichtsloser Draufgänger unter den Gemeinschaftern, um bei der Teilung ungebührliche Vorteile für sich herauszuschlagen, seinen Genossen droht, es auf eine Versteigerung, bei der diese wahrscheinlich noch weniger bekommen werden, ankommen zu lassen. Die Möglichkeit der Genossen, bei einer Versteigerung event. mitzubieten und infolgedessen einer solchen ruhig entgegenzusehen, wird nicht immer aushelfen. Immerhin kann diese kleine Unebenheit angesichts des sonstigen konsequenten und durchweg verständigen Aufbaues des Teilungsrechts gern mit in den Kauf genommen werden.

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 881; Denkschr. S. 133 Ziff. 2.

Zweiter Hauptteil.

Die innere Struktur der Gemeinschaft.

§ 14.

Das Problem.

Bis jetzt wurde mit der Terminologie des Gesetzes von Bruchteilen und Anteilen geredet, ohne auf die innere Struktur der Gemeinschaft und das Wesen des Gemeinschafteranteils einzugehen. Aber gerade diese „pars“ ist im gemeinen Recht Gegenstand vielen Streitens gewesen. Dieser Streit ist mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches etwas abgeflaut. Jedoch zeigt eine kritische Betrachtung der gewonnenen Ergebnisse wie auch das Erscheinen neuer Schriften über die Frage, daß der Streit noch nicht zu Ende gekommen ist, und daß auch wohl über die Streitfrage, die allmählich anfängt, in unangenehmem Sinne eine akademische zu werden, in allernächster Zeit nicht in allen Richtungen völlige Klarheit geschaffen werden dürfte.[1])

Man streitet darüber, ob die Sache, das Recht als solches, nur der Wert oder gar überhaupt nichts geteilt ist. Im letzteren Falle entstehen wiederum Zweifel, wie das Teilrecht des einzelnen Teilhabers zu konstruieren ist.

Was die Kritik der bestehenden Teilungstheorien anlangt, so bestehen hier gute Vorarbeiten. Gedacht ist in erster Linie an die mehrfach erwähnte Arbeit Doßmanns. Von weitergehender Bedeutung ist die neuestens erschienene Monographie Sängers,

---

[1]) Rümelin (Teilung S. 91) bezweifelt überhaupt, ob sich die die juristische Struktur des Miteigentums betreffenden Einzelsätze auch nur zum Teil jemals zu kurzer Formulierung zusammenfassen lassen.

der mit ansehnlichem Aufwande von Scharfsinn und Gelehrsamkeit an das Problem herantritt. Immerhin ist, was bis jetzt zum positiven Aufbau der Lehre beigetragen ist, nicht in gleicher Weise befriedigend. Darüber, wie man zu konstruieren hat, wenn man jede Teilung ablehnt, läßt sich noch manches sagen. Hier wird auch der Kernpunkt der folgenden Ausführungen zu suchen sein. Aber auch soweit ich das alte Problem im großen und ganzen für gelöst halte, nämlich soweit es sich um eine Widerlegung der Teilungstheorien handelt, kann des Zusammenhanges wegen auf eine Darstellung der Hauptfragen nicht verzichtet werden, wenn schon es sich hier mitunter nur um eine Wiedergabe gefundener Ergebnisse handeln kann.

Das römische Recht, das, richtig verstanden,[1]) in unserer Frage eine einheitliche Anschauung nicht entwickelt hat, wird im allgemeinen beiseite gelassen werden können. Zunächst sind die in Frage kommenden Quellenstellen derartig von allen Seiten beleuchtet und bestritten, daß Neues darüber nicht zu sagen ist. Außerdem aber darf die Bedeutung der Geschichte für die vorliegende Frage des Gemeinschaftsrechts nicht überschätzt werden. Einmal handelt es sich zum großen Teile um von der geschichtlichen Entwicklung unabhängige Fragen der Logik. Dann aber ist auch durch die Aufnahme der deutschrechtlichen Gesamthänderschaften, wenn diese auch von dem Gesetze in gewissen Gegensatz zu der schlichten Gemeinschaft gestellt werden, ein nicht zu übersehendes neues Moment in das System der Vielheit der Rechte getragen worden.

Die Frage nach der Rechtszuständigkeit der Gemeinschaft wird in der Literatur durchweg im Anschluß an das Miteigentum behandelt. Es ist dies durchaus zu rechtfertigen. Das Eigentum erscheint als das im Leben am häufigsten vorkommende Recht und als dem Gesetze bei Regulierung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich vorschwebender typischer Anwendungsfall der Gemeinschaft als Beispiel besonders geeignet. Außerdem bietet dasselbe als unumschränktes Sachbeherrschungsrecht der Gemeinschaftskonstruktion von allen Rechten die größten und am augenfälligsten

---

[1]) vgl. Joerges a. a. O. Abt. I S. 155; Sänger a. a. O. S. 11 ff.

in Erscheinung tretenden Schwierigkeiten: eine weitere Empfehlung! Schließlich hat eine Abhandlung im Anschlusse an das Miteigentum den Vorzug, daß sich die für dasselbe bestehenden Sondervorschriften bei der Konstruktion verwerten lassen.

Wir werden demnach im folgenden im Anschluß an das Miteigentum zunächst die aufgestellten einzelnen Theorien einer Kritik unterziehen und daraufhin versuchen, uns auf Grund der durch diese Kritik gewonnenen Ergebnisse eine Ansicht über die innere Struktur der Gemeinschaft zu bilden.

§ 15.

1. Sachteilungstheorien.

Man hat von jeher gewisse Bedenken getragen, das Eigentumsrecht sich geteilt zu denken, und hat demnach versucht, etwas anderes zu finden, was beim Miteigentum geteilt ist. Dabei ist man zunächst auf eine Teilung der Sache verfallen. Durch gedachte Teilung sollen „ideelle“, „intelektuelle“, Sachquoten entstehen, an denen jeder Gemeinschafter Sondereigentum hat.[1])

Zunächst ist es mißlich, sich eine körperliche Sache anders als körperlich geteilt vorzustellen.[2]) Vor allem aber kann man der Theorie nach Eiseles[3]) Vorgang entgegenhalten, daß hier die reale sachenrechtliche Basis und die unmittelbare Beziehung der Person zur Sache, an der unter allen Umständen festgehalten werden muß, verlassen wird. Man entgeht den in dem Fehlen jeglichen realen Rechtsobjektes bestehenden Schwierigkeiten auch nicht, wenn man sich jeden kleinsten Teil einer Sache wieder in Teile zerlegt denkt, von denen jeder einem Miteigentümer gehören soll. Man arbeitet dann mit einer Fiktion, die, physikalisch noch

---

[1]) vgl. Göppert, Miteigentum S. 15; ders. in KrVJSchr. Bd. 14 S. 549 für das allgem. Landrecht; außerdem insbes. Kipp, Pand. S. 619, 620; Gierke, DPrivR. Bd. 2 S. 47 N. 39; weitere Zitate bei Doßmann a. a. O. S. 31 Anm. 2 S. 32.

[2]) Mit dieser Begründung bekämpfen schon Warnkönig a. a. O. S. 66 und Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts S. 325 die Idee der Sachteilung.

[3]) Eisele a. a. O. S. 32.

dazu von zweifelhafter Richtigkeit, an das Vorstellungsvermögen Anforderungen stellt, die die Theorie ihrer praktischen Brauchbarkeit und der Fähigkeit, die Grundlage von Rechtskonstruktionen zu bilden, berauben.

Man hat sich zum Beweise der Sachteilung auf die §§ 1095, 1106 u. 1114 berufen, wo allerdings von „Bruchteilen eines Grundstücks" die Rede ist. Jedoch darf der Ausdrucksweise des Gesetzes, das in der vorliegenden Frage einheitlich durchgeführter und bis ins einzelne differenzierter Redaktion ermangelt, derartiges Gewicht nicht beigelegt werden. Sonst könnte man mit gleichem Rechte unter Hinweis auf § 984 („Eigentum zur Hälfte") jeden Streit zugunsten der Rechtsteilungstheorien für abgeschnitten erklären.[1])

Weiter meint Kipp a. a. O., aus der Anerkennung des Mitbesitzes (§ 865) folge, daß das Gesetz beim Miteigentum die Sache als geteilt ansehe. Die Berufung auf den angezogenen Paragraphen ist insofern irrig, als es sich dort um reale, nicht aber um intellektuelle Teile handelt, wie sie bei der Sachteilungstheorie nur in Frage kommen können. Auf die Möglichkeit wirklichen ideellen Mitbesitzes nach partes indivisae aber darf man sich deshalb nicht berufen, weil dort die rechtliche Struktur in den im Grunde genommen gleichen Richtungen ebenfalls heftig bestritten und bei einer zweifelhaften Materie mit der Berufung auf ein anderes ebenso zweifelhaftes Rechtsgebiet nichts gewonnen ist.

Zum Teil entgeht man den angegebenen Schwierigkeiten, wenn man sich unter Umdeutung des bürgerlichrechtlichen Sachbegriffes von vornherein neben der körperlichen eine ideelle Sache vorstellt, an der Eigentum wie Miteigentum bestehen sollen. Das ist der Grundgedanke des Gierkeschen Sachbegriffes,[2]) dem der Sokolowskis[3]) ziemlich nahekommt. Objekt des Eigentums soll nach Gierke niemals die Sache „in ihrer sinnlichen Totalität, in ihrer wechselnden physikalischen und chemischen Beschaffenheit,

---

[1]) vgl. über die Terminologie der fraglichen §§ 1095, 1106 u. 1115 Crome, Lehrb. Bd. 1 S. 281; Endemann, Lehrb. Bd. 2 § 20; insbes. Leonhard, Allgem. Teil S. 157; dagegen freilich Gierke, DPrivR. Bd. 2 S. 47 Anm. 39.

[2]) DPrivR. Bd. 1 S. 269, 270.

[3]) a. a. O. S. 415 ff.

in ihrem naturgesetzlichen Verhalten" sein, sondern Objekt ist „ein räumlich begrenztes Stück der äußeren Güterwelt in der Totalität seiner zur rechtlichen Beherrschung geeigneten Beziehungen". Dieser Sachbegriff ist jedoch überaus gekünstelt und liegt nicht im Sinne des Gesetzes. Seine Durchführung im einzelnen bereitet Schwierigkeiten, vorzugsweise nach der Richtung, schließlich doch wieder auf eine gewisse Gemeinschaftlichkeit zurückzukommen. Das ganze Gemeinschaftsgebilde soll der rechtlichen Struktur nach nichts Besonderes sein, sondern nur durch die äußeren Verhältnisse, weil „der ungeteilte Körper wie ein lästiger Ballast anhängt",[1]) soll eine „Verwaltungsgemeinschaft zur gesamten Hand" (Gierke) herbeigeführt werden. Das sind denn doch wenig einleuchtende und allzu theoretische Operationen, deren Gewaltsamkeit für die Ablehnung des Sachbegriffes entscheidend ist.

Von der Idee der Sachteilung haben wir demnach für die Lösung des Miteigentumsproblems nichts zu erhoffen.

§ 16.

2. Wertteilungstheorien.

Davon ausgehend, daß das Eigentum ungeteilt und daß die Struktur des Miteigentums ohne irgendwelche Teilung nicht zu erklären sei, nahm ferner eine ältere von Windscheid[2]) aufgestellte Theorie an, der Wert der gemeinschaftlichen Sache oder die Sache als Wertobjekt gedacht sei geteilt. Diese Theorie, die vielfach Berührungspunkte mit der Sachteilungstheorie zeigt, ist von Windscheid selbst später im wesentlichen aufgegeben,[3]) von anderen jedoch aufgenommen und im einzelnen ausgeführt worden.[4]) Steinlechner speziell schreibt, es liege beim Miteigentum schein-

---

[1]) Sokolowski a. a. O. S. 434.

[2]) Pand. 3. Aufl. Bd. 1 S. 533.

[3]) 4. Aufl. § 142.

[4]) So insbes. Girtanner a. a. O. S. 58 ff., 232 ff. und als energischster und gründlichster Vertreter Steinlechner a. a. O. S. 79 ff.; weiter Zitate bei Doßmann a. a. O. S. 24.

bare Teilung des Rechtes vor und diese Scheinteilung erklärte sich aus einer wirklichen Teilung des Wertes, die im Geiste projiziert werde.

Die Wertteilungstheorie kann nicht befriedigen und wird heute kaum noch vertreten.[1] Es ist nicht gut möglich, sich den Wert einer Sache, mag man darunter die Eigenschaft der Verwertbarkeit, ein Urteil über die Sache oder endlich das durch Schätzung ermittelte Verhältnis, in dem die Sache zu anderen Gütern steht, verstehen, geteilt zu denken, ohne eine gleichzeitige Teilung der Sache bezw. des Rechtes anzunehmen.[2] Außerdem muß man schon, damit nicht die Wertfrage als lediglich praktisch wirtschaftliche Tatsache bei der Frage nach der Rechtszuständigkeit überhaupt ganz ausscheidet, das Wesen des Eigentums nicht in körperlicher Sachherrschaft, sondern in einer auf bestimmungsgemäße Verwertung der Sache gerichteten Wertbeziehung sehen. Wenn das geschieht, muß aber wiederum dagegen angegangen werden, daß die Wertbeziehung als das Grundlegende betrachtet wird und, ähnlich wie bei den Sachteilungstheorien und wie dort verwerflicherweise, an Stelle der körperlichen Sache etwas anderes, nämlich „der Wert als Spiegelbild des Körpers",[3] eingeschoben wird. So muß uns denn von v. Schey,[4] einem Anhänger der Wertteilungstheorie, zugegeben werden, daß der Gedanke der Wertteilung nur eine Vorstellung sei, aus der rechtliche Konsequenzen nicht abzuleiten seien. Dann aber fragen wir: wozu die ganze Theorie? Daß sich von ihr aus, wie v. Schey behauptet, das Wesen des Miteigentums besser begreifen läßt, muß in Abrede gestellt werden.

---

[1]) vgl. jedoch Kohler in Z. f. franz. Zivilrecht Bd. 8 S. 177ff., 193ff., der von einer Teilung der „wirtschaftlichen Nutzkraft" redet, und neuerdings Martin Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung S. 47: „Die Gemeinschaft nach Bruchteilen beruht auf einer Teilung des Wertes".

[2]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 456; Eisele a. a. O. S. 29, 30; Joerges a. a. O. Abt. I S. 162.

[3]) Hesse, Beiträge zur Lehre vom Miteigentum S. 113ff.

[4]) v. Schey a. a. O. S. 110ff., 131.

§ 17.

3. Rechtsteilungstheorien.

Als heute herrschend ist die Rechtsteilungstheorie zu bezeichnen. In ihren Grundzügen von Wächter[1]) im Anschlusse an l. 5 § 15 D. 13, 6 aufgestellt und eingehend begründet, ist sie später von anderen weiter ausgebaut worden und hat dann in der Folge viele Anhänger gefunden.[2]) Grundlegender Gedanke aller Lösungsversuche, die sich unter dem Schlagworte der Rechtsteilung zusammenfassen lassen, ist der: Beim Miteigentum steht jedem Miteigentümer an dem real geteilten Volleigentume ein Bruchteil zu, der dem Volleigentume wesensgleich und nur dem Umfange nach kleiner ist als dieses. Im einzelnen weichen die Vertreter der Rechtsteilungstheorie voneinander ab. Hervorgehoben sei hier eine Spielart der Rechtsteilungstheorie, die Rechtsteilung und dabei auch gleichzeitig Sachteilung annimmt.[3]) Hiergegen läßt sich neben allem, was gegen die Sachteilungstheorie vorgebracht wurde, m. E. einwenden, daß solche doppelte Teilung ein Unding ist. Wenn ich als Miteigentümer zur Hälfte die Hälfte des Eigentums an der halben Sache habe, müßte ich wenigstens wirtschaftlich nur zu einem Viertel Eigentümer der ganzen Sache sein, und das ist doch keineswegs richtig. Allerdings betonen Vertreter gleichzeitiger

---

[1]) Wächter a. a. O. S. 155.

[2]) vgl. als Hauptvertreter Böcking, Pand. S. 31 ff.; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 195; ders., PrPrivR. Bd. 1 S. 557; ders., Bürgerl. R. Bd. 2 § 136; Eck, Doppelseitige Klagen S. 92 ff.; ders. in KrVJSchr. Bd. 19 S. 223, Bd. 21 S. 118 ff.; Behn a. a. O. § 12; Crome Bd. 2 § 286, Bd. 3 S. 432; Endemann, Lehrb. Bd. 1 § 182, Bd. 2 § 70; Hirsch a. a. O. S. 79 ff.; Joerges a. a. O. Abt. 1 S. 140 ff., 159, Abt. 2 S. 48 ff.; Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrecht Bd. 1 S. 325—327; Merkel in KrVJSchr. Bd. 28 S. 1 ff.; v. Seeler a. a. O. Abt. 1 S. 157 ff.; Randa, Das Eigentumsrecht § 9 S. 225; Regelsberger, Pand. Bd. 1 § 51 und ders. in GrünhutsZ. Bd. 3 S. 700, Bd. 6 S. 724 ff.; Rümelin, Teilung S. 75 ff.; Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 S. 310 ff.; Sohm, Institutionen S. 298 und ders., Gegenstand §§ 10, 11; RG. Bd. 20 S. 272; vgl. im übrigen die Zusammenstellung bei Doßmann a. a. O. S. 44, die Anspruch auf Vollständigkeit machen kann.

[3]) So v. Scheurl a. a. O. S. 23 und auch Wächter a. a. O. S. 155 ff., 181.

Rechts- und Sachteilung, daß nicht der gedachte Teil der Sache, sondern die ganze Sache Gegenstand des Teilrechtes sei (Scheurl). Dann aber ist nicht einzusehen, warum überhaupt die gemeinschaftliche Sache in ideelle Teile zerlegt gedacht wird. Es soll noch eines von der Auffassung der übrigen Vertreter etwas abweichenden Standpunktes von Endemann[1]) Erwähnung getan werden, der den Anteil des einzelnen als „Sachenrecht an Rechten" auffaßt, seine Meinung jedoch an den angegebenen Stellen wenig klar ausführt und begründet, so daß hier auf ihn nicht eingegangen zu werden braucht. Im übrigen muß an dieser Stelle darauf verzichtet werden, einzelne Vertreter der Rechtsteilungstheorie zu besprechen.

Daß die Theorie der Rechtsteilung von einer bestechenden Einfachheit ist, muß zugegeben werden. Man kann es durchaus verstehen, daß da der Wunsch leicht der Vater des Gedankens wird und die Theorie insbesondere fast alle Schriftsteller, die sich nicht besonders mit der Frage beschäftigt haben, zu ihren Anhängern zählt. Nur leider ist die Theorie unhaltbar. Und zwar sind die Gedankengänge, die zu ihrer Ablehnung führen müssen, sehr sicher und auch verhältnismäßig einfach.

Wenn wir der Frage, ob das Eigentum teilbar und geteilt ist, näher treten wollen, muß von einer Feststellung des Begriffes der Teilung ausgegangen werden. Wir gebrauchen das Wort Teilung in doppeltem Sinne. In einem weiteren versteht man darunter jede Zerlegung eines Ganzen in selbständige Stücke, ganz gleich, welche Beschaffenheit diese haben, ob sie dem Ganzen wesensgleich sind oder nicht. In diesem Sinne ist jeder körperliche Gegenstand teilbar, solange, bis er in seine Atome zerlegt ist. Diese sind dann nicht mehr teilbar. In einem engeren eigentlichen Sinne dagegen versteht man unter Teilung die Zerlegung eines Ganzen in mehrere einzelne Stücke, deren jedes seiner inneren Beschaffenheit nach dem Ganzen wesensgleich und nur der Größe nach kleiner ist als dieses. Das Ganze muß in sogen. aliquote Teile zerfallen, das sind solche Teile, die nicht durch

---

[1]) Bd. 3 S. 443 Abs. 5, S. 445 Anm. 15/16, Bd. 1 S. 182.

Addition, sondern durch Multiplikation das Ganze wiedergeben.[1]) Nur der letztere engere Teilungsbegriff kommt als rechtlicher in Betracht. Das ergibt eine Betrachtung des § 752 und ist wohl auch nie bestritten worden.[2])

Was nun die Teilbarkeit von Rechten anlangt, so kommt auch dort nur der engere rechtliche Teilungsbegriff in Frage. Bis auf Rümelin, der den weiteren Teilungsbegriff im Sinne von Zerlegung in ungleichartige Teile auf Rechte überträgt, ist das unbestritten.[3]) Es ist jedoch in Abrede gestellt worden, daß man bei Rechten überhaupt von Teilung reden könne.[4]) Das Recht sei eine Beziehung einer Person zu einer Sache, entweder bestehe diese Beziehung oder sie bestehe nicht, geteilt könne sie nicht sein. Das ist ohne Zweifel richtig, jedoch ist es sehr gut möglich, daß die Summe der Befugnisse, die mit dem Bestehen der Beziehung verbunden den Inhalt des Rechts bilden, geteilt ist. Dabei muß natürlich für jeden Teilnehmer eine neue Beziehung zur Sache entstehen. Ein Recht kann also sehr wohl teilbar sein. Es ist es dann, wenn alle seine Befugnisse teilbar sind. Ein Recht ist geteilt, wenn diese Teilungsmöglichkeit durchgeführt ist. „Ideelle Teilung" ist demnach reale, nicht nur vorgestellte Teilung. Wenn ein Recht geteilt ist, muß es in mehrere selbständige Teilrechte zerfallen, die zwar historisch von demselben naturgemäß nicht

---

[1]) v. Scheurl a. a. O. S. 3, 5 ff., der weniger bezeichnend von „arithmetischer Teilung" redet; ferner Hirsch a. a. O. S. 12; Rümelin in IheringsJ. Bd. 28 S. 386 ff.; Sokolowski a. a. O. § 26.

[2]) Steinlechner a. a. O. Abt. 1 S. 35.

[3]) Rümelin, Teilung S. 26 schreibt: „Wenn von dem weiteren Begriff der Teilung ausgegangen wird, unter den auch die Zerlegung eines Begriffes in seine Teilbegriffe fällt, so unterliegt es keinem Zweifel, daß eine solche Zerlegung auch bezüglich des Begriffes des subjektiven Rechtes möglich ist, und daß in diesem Sinne von einer Teilung des Rechtes gesprochen werden kann"; vgl. gegen Rümelin die Ausführungen von v. Scheurl, Besprechung Rümelins in KrVJ.Schr. Bd. 25 S. 525 ff. und Krosnopolsky in GrünhutsZ. Bd. 12 S. 501 ff., denen gegenüber nichts zu erinnern ist.

[4]) Eisele a. a. O. S. 33 mit der Begründung, das Eigentum habe „keine Extension"; ähnlich ten Hompel a. a. O. S. 12—44 und im Anschlusse an ihn Grimm a. a. O. S. 22/23; ferner mit anderer, unschwer zu widerlegender (dagegen Doßmann a. a. O. S. 51/52) Begründung Czyhlarz, Glücks Pand. Bd. 1 § 142 Anm. 11 und Windscheid, Pand. Bd. 1 § 142 Anm. 11.

mehr bestehenden Gesamtrechte abgespalten sind, nach durchgeführter Teilung aber zueinander in keinerlei Zusammenhang mehr stehen. Ein Beispiel für die Teilung eines Rechtes bietet die teilbare Forderung bei einer Mehrheit von Gläubigern oder, mit wichtigen Ausnahmen, auch Schuldnern (§ 420). Hier handelt es sich gar nicht mehr um ein Recht mit mehreren Subjekten, sondern um mehrere selbständige Teilrechte.

Wenn man uns dies zugibt, läßt sich überhaupt sagen: Nach dem Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann bei der Gemeinschaft das Recht gar nicht geteilt sein, denn nach § 741 liegt eine Gemeinschaft vor, wenn ein Recht mehreren gemeinsam zusteht, wenn aber das Recht geteilt wäre, stände es den Genossen eben gerade nicht mehr gemeinschaftlich zu.[1] Es handelt sich hier keineswegs um eine kapriziöse Auslegung des Gesetzestextes im Sinne bestimmter Theorien. Denn ob ein Recht mehreren gemeinsam zusteht oder nicht, müßte ein Gesetz wohl entscheiden können, auch wenn es ihm an einer gründlichen Durchbildung der fraglichen juristischen Begriffe fehlt.

Dennoch soll im folgenden, gleichsam zur Probe auf das Exempel, die Untersuchung nach der Teilbarkeit des Eigentums weitergeführt werden, und zwar werden wir dabei einer Methode folgen, die in der Literatur bereits mehrfach eingeschlagen ist[2] und deren Unanfechtbarkeit sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt. Wir werden das Eigentum in seine Hauptbefugnisse zerlegen und bei jeder dieser Einzelbefugnisse prüfen, ob sie unter den Gemeinschaftern aufgeteilt ist oder nicht. Je nach dem Ergebnisse dieser Untersuchung werden wir uns zu der Frage zu stellen haben, ob das Eigentum geteilt ist oder nicht.

a) Die Fruchtziehungsbefugnis.

Als teilbare Eigentumsbefugnis hat von jeher, auch bei Gegnern der Rechtsteilung, das Fruchtziehungsrecht gegolten.[3]

---

[1] Übereinst. Sänger a. a. O. S. 85.

[2] Eck, Doppelseitige Klagen S. 230; Doßmann a. a. O. S. 48; Hirsch a. a. O. S. 12 ff.; Sänger a. a. O. S. 85 ff.

[3] vgl. die in der gemeinrechtlichen Literatur viel zitierte l. 19 D. 7, 8: „frui pro parte possumus“.

Auch mit Recht. Wenn auch die praktische Durchführung solcher Regelung vielleicht Schwierigkeiten bereiten würde, könnte man sich doch sehr wohl denken, daß jeder Teilhaber einen realen Teil der Früchte selbständig ziehen darf und zu Alleineigentum erwirbt. Geltendes Recht ist dies aber nicht.[1]) Es wurde oben dargelegt, daß der § 743 dem Gemeinschafter nur einen obligatorischen Anspruch gegen seine Genossen, nicht aber ein Recht zu selbständiger Ziehung des auf ihn entfallenden realen Teiles der Früchte gewährt. Ebenso wurde ausgeführt, daß das Recht auf Gewinnung der zivilen Früchte, unberührt von der Bestimmung des § 420, den Gemeinschaftern ungeteilt zusteht. Es fehlt also bei dem Rechte des Miteigentümers die Befugnis, selbständige Fruchtziehungsakte vorzunehmen. An deren Stelle tritt das Recht, mitzuwirken bei gemeinsamer Fruchtziehung. Darüber kann uns der Umstand, daß die Miteigentümer die gezogenen Früchte zu Miteigentum erwerben, nur zum Teil hinweghelfen. Demnach ist die Fruchtziehung, die von jeher als Typus einer teilbaren Eigentumsbefugnis gegolten hat, zwar begrifflich teilbar, aber de lege lata nicht geteilt.

b) Veräußerung, Verfügung und Geltendmachung der Eigentumsansprüche.

Neben dem Fruchtziehungsrecht pflegt man als weitere teilbare Befugnisse das Veräußerungs- und Verfügungsrecht und die Befugnis zur Geltendmachung der dinglichen Klagen aufzuführen.

Bezüglich der Verfügung von einer „Eigentumsbefugnis“ zu sprechen, ist zunächst wenig treffend, da über das Eigentum selbst verfügt wird und dieses nicht Objekt seiner selbst sein kann.[2]) Man täte wohl besser, hier von einer Eigenschaft des Eigentumsrechtes, wie man auch von der Uebertragbarkeit des Pfandrechts, der Unübertragbarkeit des Nießbrauchs spricht, zu reden.

Speziell von einer Teilung der erwähnten Befugnisse kann nicht die Rede sein. Der Miteigentümer kann nicht über die ge-

---

[1]) And. M. Doßmann a. a. O. S. 75.

[2]) Hierzu v. Tuhr, Allgem. Teil S. 62, 164.

meinschaftliche Sache $^1/_2$, $^1/_3$, $^1/_4$ usw. verfügen oder dieselbe $^1/_2$, $^1/_3$, $^1/_4$ vindizieren. Eine solche Vorstellung wäre nur unter Beimengung von Ideen der Sachteilungstheorie möglich. Was den äußeren Anschein einer Teilung der Befugnisse erweckt, ist die Tatsache, daß der Miteigentümer über seinen Anteil verfügen und diesen vindizieren kann. Der Unterschied der Auffassungen läßt sich treffend lateinisch dahin ausdrücken: Der einzelne Miteigentümer hat nicht partem vindicationis, alienationis, sondern vindicationem, alienationem partis. Das ist schon von Eisele[1]) richtig erkannt und wird neuerdings von Sänger[2]) betont.

Entschieden zu weit geht aber Sänger, wenn er es aus diesem Grund ablehnt, bei der inhaltlichen Untersuchung des Eigentums und des Miteigentumsrechtes die fraglichen „Befugnisse" überhaupt heranzuziehen. Es handelt sich doch immerhin um dem Eigentume wie dem Teilrechte immanente Eigenschaften, deren Gleichheit bezw. Verschiedenheit für die Frage der Rechtsteilung zweifellos zu berücksichtigen ist.

Da ist nun zu sagen: Bezüglich der Veräußerung steht das Miteigentum dem Alleineigentum gleich, nicht so bezüglich der Belastung, da hier beim Miteigentum aus im Wesen der betreffenden Rechte liegenden Gründen die Bestellung eines Erbbaurechtes, einer Grunddienstbarkeit und einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit unmöglich ist. Was die Geltendmachung der Eigentumsklage anlangt, so bin ich, im Gegensatze zu der herrschenden Lehre,[3]) der Ansicht, daß sich hier Eigentum und Miteigentum gleichstehen. Dieser Standpunkt ergibt sich m. E. mit Notwendigkeit aus unseren Ausführungen in § 12. Dort wurde gezeigt, daß die Wirkung der dinglichen Klagen über den Anteil hinaus sich als Reflexwirkung erklärt, und daß das Gesetz in § 1011, nur insoweit die Reflexwirkung nicht so schon gegeben ist, dem Gemeinschafter ein formelles Vertretungsrecht gewährt.

Die fraglichen „Befugnisse" sind also, um mit dem nötigen Vorbehalte so zu sprechen, teils geteilt, teils ungeteilt.

---

1) a. a. O. S. 33.

2) a. a. O. S. 86—87 u. 96, 97.

3) z. B. Doßmann a. a. O. S. 89—95; Hirsch a. a. O. S. 76.

c) Die Besitzbefugnis.

Bei der Frage, ob die Besitzbefugnis teilbar und geteilt ist, braucht auf den bekannten Streit über die Natur des Besitzes nicht eingegangen werden, denn es handelt sich hier nicht so sehr um die Qualifikation der tatsächlichen Gewalt als um die körperliche Sachherrschaft selbst. Da ist nun folgendes zu sagen: Einen ideellen Teil einer Sache kann man nicht besitzen. Savigny[1]) nimmt das zwar an und führt aus, jeder Mitbesitzer besitze einen Teil der Sache, und ob die Teile real oder ideell abgegrenzt seien, sei vom juristischen Standpunkte aus belanglos. Jedoch ist dem entgegenzuhalten, daß der Besitz als tatsächliche Sachherrschaft notwendigerweise ein reales Objekt haben muß. Einen ähnlichen Vorwurf mußten wir oben den Theorien machen, die beim Miteigentume eine ideelle Teilung der Sache annehmen. Was dort in dieser Beziehung gesagt wurde, gilt natürlich bezüglich des Besitzes, bei dem infolge seines tatsächlichen Charakters die Unmittelbarkeit der Beziehung zu dem Objekte noch viel ausgesprochener ist als bei den Sachbeherrschungsrechten, in verstärktem Maße. Die Teilung kann sich auch nicht auf dem Gebiete des animus in der Weise vollziehen, daß der Mitbesitzer seinen Willen auf einen Herrschaftsanteil einstellt.[2]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat von dem Erfordernisse des animus abgesehen. Es ist deshalb vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus nicht haltbar, das innere Moment der Willensrichtung derartig als für die Gestaltung der äußeren Herrschaftslage maßgebend zu betonen.[3]) Auch wenn man, wie das anscheinend Gierke tut, den Willen auf dem Umwege über die tatsächliche Gewalt für maßgeblich erklären will, läßt sich mit dem Quotenbewußtsein der Mitbesitzer nichts anfangen. Denn die tatsächliche Gewalt ist als reines Faktum begrifflich unteilbar.[4]) Teilbar kann höchstens das Recht, in dessen Ausübung die einzelnen

---

[1]) Recht des Besitzes § 11 S. 171 ff.

[2]) Wie das die überwiegende Meinung des gemeinen Rechts annahm, wobei man nur darüber stritt, ob die Anteile certae, d. h. quotenmäßig vorgestellte sein mußten oder nicht; vgl. Randa, Besitz S. 503, 504.

[3]) And. M. Gierke, DPrivR. Bd. 2 S. 222 Anm. 54.

[4]) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 S. 789; Wolff, Lehrb. S. 28.

besitzen oder zu besitzen glauben, sein, die reine Sachherrschaft aber niemals. Daran ist nicht zu rütteln. Der Mitbesitz ist auch dann nicht geteilt, wenn die Mitbesitzer die gemeinschaftliche Sache zu real abgegrenzten Teilen oder die ganze Sache zu gewissen Zeiten allein beherrschen. Insoweit handelt es sich eben nicht mehr um Mitbesitz, sondern um eine Art Auseinandersetzung, gleichsam eine Aufteilung des Besitzes. Der einzelne Mitbesitzer hat in solchen Fällen eine dem Alleinbesitzer ähnliche Stellung, entweder bezüglich eines realen Teiles der Sache oder zu gewissen Zeiten bezüglich der ganzen Sache. Der Besitz ist demnach eine unteilbare und ungeteilte Eigentumsbefugnis.

Nach dem Vorausgesagten existieren zwei Konstruktionsmöglichkeiten des Mitbesitzes.

Erstens ließe sich aus der Unteilbarkeit des Besitzes folgern, daß jeder Mitbesitzer ungeteilten Besitz an der gemeinschaftlichen Sache hat. Diese Konstruktion würde der später zu besprechenden Eigentumstheorie von Eisele entsprechen. Sie wird vertreten von M. Wolff.[1]) Dieser führt aus, in Fällen, wo eine gesonderte Ausübung von Besitzhandlungen möglich sei, erscheine der Allgemeinheit eben das Herrschaftsverhältnis eines jeden als tatsächliche Gewalt. Aber aus ähnlichen Gründen wie die erwähnte Eigentumstheorie ist auch die Wolffsche Mitbesitztheorie abzulehnen. Werden wir der Eiseleschen Theorie später die Unmöglichkeit eines dominum plurium in solidum entgegenhalten, so ist gegenüber der Wolffschen Theorie zu sagen, daß auch der Besitz ausschließenden Charakter hat. In der üblichen Definition „tatsächliche Gewalt" kommt dies allerdings nicht besonders klar zum Ausdruck. Daß es aber trotzdem richtig ist, ergibt sich, wenn man sich vor Augen hält, daß der Besitz die tatsächliche Seite des Rechtes ist. Das Eigentum ist ein absolutes Sachbeherrschungsrecht, der Besitz ist die absolute Sachbeherrschung selbst. Ebenso wie solche Rechte nebeneinander nicht bestehen können, ist auch dem Besitze der Ausschließungscharakter wesentlich. Wenn ein Mitbesitzer dulden muß, daß seine Genossen — und das können sehr viele sein — die gleichen Besitzhandlungen wie er an seiner

---

[1]) Mitbesitz, insbesondere S. 57.

Sache vornehmen, kann er allein nicht mehr als Besitzer angesprochen werden.

Wenn im Falle des Mitbesitzes die tatsächliche Gewalt nicht geteilt ist und sie auch keinem Mitbesitzer allein zusteht, so bleibt nur ein letztes. Der Besitz muß den Mitbesitzern zusammen zustehen. Und hier bin ich mit Sänger[1]) der Ansicht, daß es nur eine befriedigende Lösung der Konstruktionsschwierigkeiten gibt. Man muß nämlich, ähnlich wie das unten bezüglich des Eigentums geschehen wird, auch auf den Mitbesitz Gedanken des Gesamthandsprinzipes übertragen. Wie bei dem Gesamthands- bezw. Miteigentum die Stellung des einzelnen Gemeinschafters bald mehr, bald weniger frei ist, kann sie auch bei dem Mitbesitz verschieden gestaltet sein. Zwei Mitbesitzer können zu dem gemeinsamen Schranke jeder denselben oder auch jeder einen verschiedenen Schlüssel haben. Entsprechend der besonderen Natur des Besitzes spielt sich hier die Differenzierung auf tatsächlichem, nicht auf rechtlichem Gebiete ab. In welcher Weise im übrigen der Gedanke ungeteilter Zuständigkeit bei dem Mitbesitze Verwendung finden kann, wird sich bei den Ausführungen über das Miteigentum ergeben. Ueberhaupt läßt sich der Zusammenhang zwischen Besitz und Recht, der den Schlüssel zur Lösung mancher besitzrechtlichen Frage bietet, nicht genug betonen. Im einzelnen kann hier auf die Konstruktionsfrage des Mitbesitzes nicht weiter eingegangen werden.

d) Befugnis zur Vornahme tatsächlicher Einwirkungen (Gebrauch, Veränderungen, Zerstörung, Verwaltung).

Daß die Befugnis, tatsächlich auf die gemeinsame Sache einzuwirken, nicht teilbar ist, bedarf kaum der Begründung.[2]) Bei Einwirkungsakten, die sich unmittelbar auf die körperliche Sache beziehen, ist eine Ausübung zu einem ideellen Teile eben undenkbar. Hieran will auch der § 743 BGB. nichts ändern. Die Bedeutung dieses Paragraphen war oben Gegenstand ausführlicher Darlegungen. Es handelt sich dabei nicht um eine Teilung der

[1]) a. a. O. S. 93.
[2]) l. 19 D. 7,8.

Befugnis. Dies zeigt sich schlagend daran, daß die Befugnis den einzelnen Teilhabern unabhängig von dem Quotenverhätnisse ihrer Anteile in gleichem Umfange zusteht. Es wird nur jedem Gemeinschafter in ganz geringem Umfange eine selbständige Geltendmachung des ganzen ungeteilten Gebrauchsrechtes gestattet. Dieselbe Bedeutung kommt bei der Verwaltungsbefugnis dem § 744 Abs. 2 Satz 1 zu, der jedem Gemeinschafter ein Recht zur Vornahme gewisser Nothandlungen gewährt. Von diesen Bestimmungen abgesehen, darf der Miteigentümer die gemeinschaftliche Sache nicht verwalten, gebrauchen oder sonst auf dieselbe einwirken. Seine Rechtsstellung ist also von der des Alleineigentümers wesentlich verschieden. Bei jenem selbständiges Handeln, hier nur die mitgliedschaftsrechtliche Befugnis, bei gemeinschaftlichem Handeln beschließend mitzuwirken. Von einer Teilung der oben bezeichneten Befugnisse kann demnach nicht die Rede sein.[1])

Als Ergebnis der vorangehenden Untersuchungen ist festzustellen: Die Fruchtziehungsbefugnis ist zwar teilbar, aber nicht geteilt. Die Befugnis, tatsächlich einzuwirken und zu verwalten, ebenso wie die Besitzbefugnis sind unteilbar. Bezüglich der dinglichen Klagen und der Veräußerung stehen sich Eigentum und Miteigentum gleich, bezüglich der Belastung nur teilweise. Das Eigentum ist demnach unteilbar und de lege lata ungeteilt. Allerdings bezeichnen die Vertreter der Rechtsteilungstheorie zum Teil[2]) ein Recht schon dann als geteilt, wenn seine „Hauptbefugnisse“ geteilt sind. M. E. zu Unrecht. Denn, was die Hauptbefugnisse eines Rechts sind, ist schwer zu sagen, und es werden meist subjektiv bestimmte Befugnisse zugunsten einer vertretenen Theorie als Hauptbefugnisse herausgegriffen werden. Abgesehen davon, erfordert der früher aufgestellte Teilungsbegriff, daß der Teil dem Ganzen nicht nur in den Hauptzügen, sondern überhaupt wesensgleich ist. Bei Rechten in dieser Hinsicht erhebliche Konzessionen zu machen, liegt kein Anlaß vor, wenigstens könnten sich diese nur auf absolut und unzweifelhaft unerhebliche Neben-

---

[1]) Rümelin, Teilung S. 122ff.; Scheurl a. a. O. S. 55ff.; v. Seeler a. a. O. Abt. I S. 133ff.; Steinlechner a. a. O. Abt. I S. 154ff.

[2]) Insbes. Hirsch a. a. O. S. 12ff.; Scheurl in KrVJSchr. Bd. 25 S. 225.

wirkungen des fraglichen Rechtes beziehen. Die Fruchtziehungsbefugnis insbesondere, die begrifflich allerdings teilbar ist, kann allein nicht als Hauptbefugnis gelten, da es auch Eigentum an nicht fruchttragenden Sachen gibt.[1]) Aber selbst wenn man eine Teilung der Hauptbefugnisse für die Annahme der Rechtsteilung für genügend erachtet, den Teilungsbegriff also in denkbar laxestem Sinne faßt, kann nach den obigen Ausführungen eine Teilbarkeit und Teilung des Eigentums immer noch in Frage kommen. Mit der Idee der Rechtsteilung ist demnach nicht zu operieren.

§ 18.

Theorien, die auf einheitliche Begriffsfestlegung verzichten.

Da das Eigentum ungeteilt ist, muß es entweder jedem ganz oder allen zusammen zustehen. Zwischen diesen beiden Möglichkeiten müssen wir uns entscheiden. Es ist nicht angängig, auf ein einheitliches Prinzip zu verzichten, die Kernfrage nach der Zuständigkeit des Eigentums unbeantwortet zu lassen und sich mit der Feststellung zu begnügen, daß der einzelne die teilbaren Befugnisse bezüglich eines Anteils ausüben kann, während die unteilbaren in dem Eigentum enthaltenen Befugnisse grundsätzlich nur von allen Gemeinschaftern zusammen ausgeübt werden können.[2]) Hier wird zunächst die Frage offen gelassen, wem denn die unteilbaren Befugnisse zustehen. Außerdem aber ist mit solcher Resignation nicht weiter zu kommen. Auf eine einheitliche Begriffsfestlegung verzichten heißt nichts anderes, als was die Mehrheit von Subjekten anlangt, an der Geschlossenheit unseres Rechtssystemes verzweifeln. Die Lücke, die man hier annehmen würde, wäre um so böser, als sich auch de lege ferenda keinerlei Möglichkeit bietet, sie zu beseitigen, und infolgedessen

---

[1]) Rümelin, Teilung S. 87.

[2]) So Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. R. Bd. 1,2 S. 745; Enneccerus, Lehrb. Bd. 2 § 403 S. 1026: „Die Gemeinschaft und zumal das gemeinschaftliche Eigentum ist kein vollkommener einheitlicher Begriff“; Doßmann a. a. O. S. 104 ff.; Leonhard, Allgem. Teil S. 166 Anm. 1; hierzu auch Rümelin, Teilung S. 87.

Grund zu der Annahme bestehen würde, daß sie ihren Ursprung in anderen tief im Rechtssysteme begründeten Unstimmigkeiten zu finden hätte. Ehe man das annehmen darf, muß denn doch nach allen Richtungen hin geforscht werden, ob sich nicht doch ein Ausweg, die Zuständigkeitsfrage einheitlich zu beantworten, findet. Daß dies der Fall ist, wird sich später zeigen.

§ 19.

Theorie des mehrfachen Volleigentums und ihr nahestehende Konstruktionsversuche.

Aus der Unteilbarkeit des Eigentums ist zunächst gefolgert worden, jedem Miteigentümer stehe volles Eigentum zu.

Steinlechner,[1]) der mit einer mehrfachen subjektiven Beziehung des Rechtes, die er mit mehrfacher Realisierung der Rechtsvoraussetzungen erklärt, operiert, zieht diese Folgerung nicht, obwohl er konsequenter daran täte, es zu tun.[2])

Dagegen wird die Theorie mehrfachen Volleigentums mit Entschiedenheit von Eisele[3]) vertreten. Dieser führt zunächst richtig aus, daß „lediglich nichts geteilt" ist. Die partes geben nach ihm nur das Verhältnis an, nach dem die Miteigentümer zu teilen haben, während des Bestehens der Gemeinschaft die Erträgnisse, bei Auflösung derselben die Sache selbst. Dieser zweite Satz ist schon nicht mehr ganz richtig. Äußert sich schon die Quote nicht nur bei der Teilung, sondern allgemein bei der Gemeinschaftsobligation (§§ 743 Abs. 1, 745 Abs. 1 Satz 2, 748, 752 ff.), so darf insbesondere eine gewisse dingliche Bedeutung derselben nicht übersehen werden, die darin besteht, daß eine Veränderung der Quote unter den Miteigentümern unzweifelhaft nur in Gestalt der Eigentumsübertragung erfolgen kann.[4]) Die Folgerung schließlich, die Eisele aus der Ungeteiltheit des Rechtes zieht, nämlich daß ein und dasselbe Eigentum an der ungeteilten

---

[1]) a. a. O. S. 128.

[2]) Hierzu ten Hompel a. a. O. S. 28/29.

[3]) a. a. O. S. 27 ff.

[4]) v. Tuhr, Allgem. Teil S. 83.

Sache gleichzeitig mehreren zustehe, ist als irrig zu bezeichnen. Ihr widerspricht der römischrechtliche Satz: duorum vel plurium in solidum dominium vel possessio esse non potest (l. 5 § 15 D. 13, 6 Ulpian). Eisele übersetzt zwar in dieser Stelle dominium in solidum mit Alleineigentum und legt dem Anspruche des Celsus den trivialen Sinn unter, an einer Sache könne nur ein Alleineigentum bestehen. Er vermag damit jedoch keineswegs zu überzeugen, auch nicht durch den Hinweis auf andere Quellenstellen, wo nach seiner Meinung nicht minder große Selbstverständlichkeiten festgelegt sind. Ebensowenig ist es Eisele gelungen, den Glauben an die erkenntnistheoretische Richtigkeit der erwähnten Quellenstelle zu erschüttern. Zwei absolute Sachbeherrschungsrechte, wie das Eigentum eines ist, können nicht nebeneinander existieren. Wenn Eisele meint, das Eigentum habe nur nach außen hin, nicht aber unter den Miteigentümern ausschließenden Charakter, so ist das eben gerade die petitio principii und keine Begründung.

Der Theorie Eiseles steht die Kohlersche Auffassung[1]) nahe. Kohler erklärt das Miteigentum als Kollision mehrerer Eigentumsrechte, durch die eine faktische Einschränkung der einzelnen Eigentumsrechte herbeigeführt werde. Mit Girtanner[2]) läßt sich diesem Gedanken entgegenhalten, daß zur Vermeidung des unstatthaften dominium plurium in solidum eine solche faktische Ausübungsbeschränkung nicht genügt, sondern daß sich die Beschränkung auf das Recht selbst beziehen muß. Wenn das aber der Fall ist, erhebt sich wieder die Frage, ob es sich denn dann noch um Eigentum des einzelnen handelt, und diese Frage ist zu verneinen.

Diesem letzten Gedanken haben einige Schriftsteller Rechnung getragen, die im übrigen der Kohlerschen Auffassung nahestehen. Sie sagen, das Recht des einzelnen sei kein Eigentum mehr, sondern nur eigentumsähnlich, und operieren mit der Annahme eigenartiger begrenzter dinglicher Rechte, die sich inhaltlich von dem Eigentum dadurch unterscheiden, daß sie Raum für das Be-

---

[1]) Autorrecht S. 377 und Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 172.

[2]) a. a. O. S. 241.

stehen gleichartiger Rechte lassen.[1]) Hieraus müßte m. E. mit Notwendigkeit folgen, daß dann die gemeinsame Sache eigentumsfrei ist, eine Folgerung, die von konsequenten Vertretern der Theorie auch gezogen wird. Der bezeichnete Konstruktionsversuch ist aber aus folgenden Gründen als mißlungen zu bezeichnen. Es mag manchem schon kühn erscheinen, daß der Miteigentümeranteil nicht als Eigentum aufgefaßt wird. Diese Auffassung ist jedoch unbedingt zu vertreten. Nun aber gar anzunehmen, daß im Falle des Miteigentums überhaupt kein Eigentum besteht, weder des einzelnen noch der Gesamtheit, das ist denn doch eine Konstruktion, die in ihrer unerhörten Kühnheit völlig in der Luft schwebt. Da die Miteigentümer nach § 747 das Eigentum an der ganzen Sache verschaffen können, muß ihnen dies doch in irgendeiner Form zustehen. Wenn ferner die gemeinschaftliche Sache eigentumsfrei ist, muß man sie als herrenlos okkupieren können. Darum kommt man doch eigentlich gar nicht herum. Und doch kann uns dies unmöglich zugegeben werden.

§ 20.

Theorie der Gesamtzuständigkeit.

Der einzelne Miteigentümer hat an der gemeinschaftlichen Sache weder Eigentum noch ein eigentumsähnliches Recht. Hiernach und nach allem Vorausgesagten bleibt nur noch eine Möglichkeit: Das Eigentum muß allen Gemeinschaftern zusammen zustehen.

In der älteren gemeinrechtlichen Literatur taucht ganz vereinzelt die Meinung auf, die Miteigentümergesamtheit sei eine juristische Person und als solcher stehe ihr das Eigentum ungeteilt zu.[2]) Die Theorie ist nicht ganz so abwegig, wie es auf den ersten Blick scheinen kann, da nach unserer unten darzulegenden

---

[1]) Binder, Rechtsstellung Bd. 3 S. 63, 80; Kattausch a. a. O. S. 5; v. Tuhr, Allgem. Teil Bd. 1 S. 83; Hellwig, ZPR. Bd. 3 § 153 Anm. 39 u. 52.

[2]) So anscheinend Konopack, Institutionen des röm. PrivR. § 206; ähnlich Barth, Grundbegriffe der rechtlichen Teilung S. 12, 26/27; insbes. aber Vogt, Theorie der Handelsgesellschaften S. 447 ff.

Auffassung das Miteigentum in der Mitte zwischen juristischer Person und Rechtsteilung steht. Dennoch brauchen vom Standpunkte unseres geltenden Rechtes aus keine Worte über die Theorie verloren zu werden.

Da das Miteigentum allen Gemeinschaftern zusammen zusteht, diese aber keine juristische Person bilden, bleibt nur ein allerletztes: Das Eigentum muß den Miteigentümern zusammen ungeteilt in einer besonderen eigenartigen Zuständigkeitsform zustehen, die der gleicht, die gewöhnlich bei den Gesamthänderschaften vertreten wird.

Auf die Verwendbarkeit des Gesamthandsgedankens ist in der Literatur vereinzelt hingewiesen worden. Brinz[1]) meint, „in dem condominium stecke etwas Gesamteigentümliches". Gierke[2]) bezeichnet das Miteigentum als eine „Verwaltungsgemeinschaft zur gesamten Hand". Denselben Gedanken führt Kaufmann aus,[3]) indem er schreibt: „Die Gemeinschaft nach Bruchteilen ist ebenfalls eine gesamthänderische Gemeinschaft, nämlich eine gesamthänderische Verwaltungsgemeinschaft". Die Konstruktionsversuche der Dissertationen von ten Hompel[4]) und im Anschlusse an ihn Grimm[5]) sind dieser Lösung nahe getreten, wenn schon sie das Gesamthandsprinzip ausdrücklich von der Hand weisen. In präzisester Form ist der Gedanke gesamthänderischer Berechtigung von Sänger[6]) auf die schlichte Gemeinschaft übertragen worden. Daß die Gleichartigkeit der Zuständigkeit der beiden Gemeinschaftsformen in der Literatur nicht schon mehr Anerkennung gefunden hat, liegt daran, daß die Spezialbearbeiter immer einseitig von der gesamten Hand oder der schlichten Gemeinschaft ausgegangen sind, während eine koordinierte Behandlung beider Institute schon längst die Unmöglichkeit, die Zuständigkeitsformen der beiden zu scheiden, hätte zeigen müssen.

---

[1]) Pand. § 131.
[2]) DPrivR. Bd. 2 S. 47.
[3]) Eigentum am Gesellschaftsvermögen S. 40 u. 41.
[4]) a. a. O. S. 32.
[5]) a. a. O. S. 25.
[6]) a. a. O. S. 98 ff.

Auf den ersten Blick erscheint diese Wendung des alten Gemeinschaftsstreites kühn, da besonders in den Lehrbüchern der Unterschied zwischen schlichter Gemeinschaft und gesamter Hand als durchgreifender und prinzipieller hingestellt wird. Daß aber die Auffassung der Gemeinschaft als gesamthänderische Zuständigkeitsform durchaus nicht ausgefallen ist, zeigen folgende Erwägungen.

Das Gesamthandsprinzip ist bei seinen einzelnen Erscheinungsformen bald in stärkerem, bald in geringerem Maße ausgeprägt, d. h. die Gesamthänderschaften sind bald mehr oder weniger individualistisch organisiert. Die Individualsphäre des einzelnen fällt am dürftigsten bei den ehelichen Gütergemeinschaften aus. Der Anteil ist hier weder pfändbar noch übertragbar. Weniger ist schon die Individualität des einzelnen bei der Gesellschaft gebunden, wo der Anteil zwar pfändbar, nicht aber übertragbar ist. Am freiesten von den anerkannten Gesamthandschaften ist die Stellung des einzelnen bei der Erbengemeinschaft. Hier ist der Anteil an der Erbschaft sowohl pfändbar wie übertragbar. Jedes dieser dem Gesamthandsgedanken unterworfenen Rechtsverhältnisse hat von dem Gesetze seine eigenartige Ausgestaltung erfahren. Warum soll denn nun nicht als letzte am individualistischsten ausgestaltete, von der Idee der Gesamtzuständigkeit beherrschte Subjektsmehrheit die schlichte Gemeinschaft hinzutreten? Es läßt sich keineswegs einwenden, der Sprung sei, vom Standpunkte der praktischen Regelung aus besehen, zu groß oder auch nur größer als der von einer der anerkannten Gesamthandschaften zur anderen. Wenn man das Rechtsverhältnis mehrerer Miterben an einem allein den Nachlaß bildenden Grundstücke mit dem ideellen Miteigentume an einem Grundstücke, bei dem durch Eintrag im Grundbuche die Teilung ausgeschlossen ist, vergleicht, findet man, daß der graduelle Unterschied genossenschaftlicher Bindung gar nicht groß ist.

Es ist ja auch in der Literatur schon von einem ganz anderen Standpunkte aus auf die Ähnlichkeit der rechtlichen Struktur der Gemeinschaft und der gesamten Hand hingewiesen worden. Bei der gesamten Hand streitet man nämlich darüber, ob das Recht der gesamthänderischen Gemeinschaft als solcher

oder jedem Genossen zu einem bestimmten Teile zusteht. Die letztere Ansicht, die jedem Gesamthänder an jedem zum Gesamthandsvermögen gehörenden Gegenstande eine bruchteilsmäßige Berechtigung zuspricht, hat in letzter Zeit viel Anklang gefunden und scheint auf dem besten Wege zu sein, die herrschende zu werden.[1]) Nur nach außen hin soll danach die Gemeinschaft eine formelle Einheit bilden, materiell im Innenverhältnisse dagegen Teilrechte der Genossen vorliegen, die nach außen hin dinglich gebunden sind. Der einzelne Genosse soll im Grunde goch nur einen Rechtsbruchteil haben und nur kraft positiver Bestimmung darüber nicht verfügen können. Gesamte Hand und Miteigentum sind nach dieser Lehre ihrer rechtlichen Struktur nach wesensähnlich, weil bei beiden Gemeinschaftsformen bruchteilsmäßige Berechtigung vorliegt. Demgegenüber sagen wir: Die beiden Gemeinschaftsformen sind ihrem inneren Wesen nach gleichartig, nicht weil bei beiden Gemeinschaftsarten Rechtsquoten vorliegen, sondern weil bei beiden solche nicht vorhanden sind.

Gegenüber den Vertretern geteilter Eigentumszuständigkeit bei der gesamten Hand sind wir insofern im Vorteil, als es bei unserer Auffassung keine Schwierigkeiten macht, die Verfügbarkeit des Miteigentümeranteils zu erklären, während jene sich nicht so leicht mit der Unverfügbarkeit der nach ihrer Ansicht bei der gesamten Hand bestehenden Rechtsquoten abfinden können. Die Unterscheidung zwischen äußerer Einheit und innerer Vielheit, zwischen Erscheinung und Wesen gesamthänderischen Eigentums, zu der sich jene Schriftsteller genötigt sehen, kann, wenn auch gerade logisch nichts dagegen einzuwenden ist, doch nicht als besonders glücklich bezeichnet werden. Wir fassen, wie unten auszuführen sein wird, den Anteil des einzelnen Gemeinschafters als Mitgliedschaftsrecht auf. Es steht dem nichts im Wege, dieses Mitgliedsschaftsrecht als übertragbar und verfügbar zu bezeichnen.

---

[1]) Sie wird näher begründet insbesondere von Binder, Rechtsstellung Bd. 3 § 34 S. 11 ff.; v. Seeler a. a. O. Abt. II, Schluß; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 200 ff.; Joerges a. a. O. Abt. II S. 52 ff.; Nagler a. a. O. S. 700 ff.; Sohm, Gegenstand S. 60 ff.; Schnell a. a. O. S. 8 ff.; Knoke, Gesellschaft S. 91 ff.; Oertmann, Schuldverhältnisse § 718 Anm. 1; Dernburg, Schuldverhältnisse S. 545, 546.

Es findet sich allerdings vielfach die Auffassung, die Verfügbarkeit des Anteils sei mit dem Gesamthandsprinzipe nicht zu vereinen. Dem ist jedoch nicht so. Aus der Stellung des Gemeinschafters seinem Mitgliedschaftsrechte gegenüber folgt nichts für die hier allein maßgebliche Frage der Rechtszuständigkeit. Das Bestehen fester, ziffermäßig bestimmter Quoten kann bei der Bedeutung, die wir diesen oben beigelegt haben, nichts verschlagen. Wenn man die Verfügbarkeit des Anteils für mit dem Gesamthandsprinzipe nicht vereinbar erklärt, wäre gar nicht einzusehen, wie es denn möglich ist, daß bei der Miterbengemeinschaft der einzelne Miterbe über seinen Anteil am Nachlasse verfügen kann. Daß durch die Verfügbarkeit über den Anteil an einem Vermögenskomplexe das Gesamthandsprinzip noch nicht ausgeschlossen wird, wohl aber durch die Verfügungsmöglichkeit über den Anteil an einzelnen Gegenständen, daß also hier ausgerechnet die Grenze laufen soll, ist wenig einleuchtend. Allerdings hat das deutsche Recht, das die Idee der Gesamtzuständigkeit typischer als das römische Recht ausgebildet hat, sich nur mit der Regelung von Gemeinschaften befaßt, bei denen das personenrechtliche Band sehr straff angezogen und infolgedessen eine Verfügung über den Anteil des einzelnen ausgeschlossen war. Aber diese Verfügungsbeschränkungen waren eine Frage der Zweckmäßigkeit, keine solche des Prinzips. Bei der schlichten Gemeinschaft fehlt es an einer innigen Beziehung der Gemeinschafter untereinander, und infolgedessen ist die Verknüpfung der beteiligten Personen sehr locker. Eine Verfügung über ein Vermögen im ganzen, wie sie bei dem Anteil eines Miterben möglich ist, kommt hier nicht in Frage, da es sich mangels personenrechtlicher Bindung bei der Gemeinschaft immer nur um einzelne Rechte, nicht aber um Vermögenskomplexe handeln kann.

Wir können für die vertretene Theorie den großen Vorzug in Anspruch nehmen, daß die beiden Zuständigkeitsformen der Gemeinschaft und der gesamten Hand einem einheitlichen rechtlichen Prinzipe untergeordnet werden. Nach unserer Ansicht gibt es nur eine Art gemeinsamer Berechtigung, nämlich die einheitlicher ungeteilter Rechtsträgerschaft einer auf Mehrheitsrecht beruhenden Gemeinschaft. Wie wünschenswert es vom syste-

matischen Standpunkte aus ist, zu ähnlichem einheitlichem Resultate zu kommen, ist von den Vertretern gebundener Teilberechtigung bei der gesamten Hand wiederholt betont worden. In dieser Beziehung können wir uns deren Ausführungen zu eigen machen.[1])

Es gilt nur noch, uns mit einem Vorwurfe abzufinden, der allgemein der Zuständigkeitsform der gesamten Hand gemacht ist und der damit auch unsere Gemeinschaftskonstruktion trifft. Man hat zunächst behauptet, eine Personenvereinigung, die als solche rechtsfähig sei und doch keine juristische Person darstelle, sei ein Mittelding zwischen Einzel- und juristischer Person, das man sich logisch nicht denken könne.[2]) Mit diesem Einwande brauchen wir uns hier nicht zu beschäftigen, da derselbe von neueren Überzeugungsgenossen der genannten Schriftsteller ausdrücklich fallen gelassen worden ist.[3]) Dagegen wird weiterhin immer wieder von Vertretern geteilter Mitberechtigung bei der gesamten Hand gegen die Gesamtzuständigkeit vorgebracht, eine solche Zuständigkeitsform sei zwar logisch denkbar, jedoch mit unserem Rechtssysteme und dessen Konstruktionsmitteln nicht zu vereinen.[4]) Daß die Annahme ungeteilter Rechtszuständigkeit zu der Aufstellung einer neuen modifizierten, zwischen juristischer und Einzelperson vermittelnden Art von Rechtssubjektivität führt, läßt sich m. E. nicht bestreiten. Der Versuch Gierkes,[5]) das zu tun, steht mit anderen Stellen seiner eigenen Werke,[6]) wo der Personengemeinschaft

---

[1]) Joerges a. a. O. Abt. II S. 51 ff.; Schnell a. a. O. insbes. S. 20; Nagler a. a. O. S. 710 ff.; Binder a. a. O. S. 20 ff.

[2]) Binder, Rechtsstellung Bd. 3 S. 27: „Bei Einheit des Objekts und Mehrheit des Subjekts muß notwendigerweise entweder Quoteneinteilung eintreten oder die Mehrheit der Subjekte in eine Einheit, eine juristische Person verwandelt werden“ und Meurer a. a. O. S. 114: „Man darf kein gesellschaftliches Rechtssubjekt konstruieren, da das ja doch nur eine juristische Person sein könnte“; ebenso Schloßmann a. a. O. S. 347 N. 1.

[3]) Schnell a. a. O. S. 10; Nagler a. a. O. S. 715; Joerges Abt. II S. 54; vgl. auch v. Tuhr, Allgem. Teil S. 80 Anm. 11.

[4]) z. B. Schnell a. a. O. S. 11; Joerges a. a. O. S. 54 ff.; Nagler a. a. O. S. 710 ff.

[5]) DPrivR. Bd. 1 § 79 S. 660, derselbe, GenTh. S. 469: „Die juristische Person ist Rechtssubjekt, die Personengemeinschaft nur Rechtsverhältnis und steht der Gemeinschaft nach Bruchteilen viel näher als der juristischen Person“.

[6]) z. B. GenTh. S. 492.

wenigstens stillschweigend Rechtssubjektivität zugesprochen wird, in Widerspruch und kann nicht als gelungen bezeichnet werden. Daß aber diese auf die Einzel- und juristische Person nicht zurückführbare Zuständigkeitsform mit dem Systeme unseres Rechtes nicht in Einklang zu bringen ist, muß bestritten werden. Es ist eine mehrfach betonte[1]) Tatsache, daß der Allgem. Teil unseres Gesetzbuches vielfach in dem speziellen enthalten ist. Die Rechtsgemeinschaft hätte als besondere Form der Rechtssubjektivität, streng systematisch genommen, — ob das praktisch gewesen wäre, ist eine andere Frage — dem Personenrechte des Allgem. Teiles eingefügt werden müssen. Daraus, daß dies nicht geschehen ist, darf nicht geschlossen werden, daß das Gesetz die Annahme einer besonderen Zuständigkeitsform der „Einheit in der Vielheit" (Gierke), bei der der einzelne nur als Mitsubjekt in Frage kommt, unter allen Umständen untersagen will, auch wenn theoretische Betrachtungen mit Notwendigkeit dazu drängen. Wenn behauptet wird, eine Grenzziehung zwischen gesamter Hand und juristischer Person sei dann nicht mehr möglich, so muß das bestritten werden. Es ist in der Literatur mit Recht auf grundlegende Unterschiede zwischen beiden Rechtsinstituten hingewiesen worden. In erster Linie betont man, die juristische Person sei im Gegensatz zur gesamten Hand Rechtssubjekt. In der Tat unterscheidet sich die Rechtssubjektivität der gesamten Hand von der Rechtsfähigkeit des § 1 BGB. dadurch, daß sie nicht deren generellen Umfang hat.[2]) Die schlichte Gemeinschaft besteht überhaupt nicht über das einzelne Recht hinaus, das bei ihr begrifflich vorausgesetzt wird und mit dem die Organisation ins Leben tritt und verschwindet. Außerdem entbehrt die gesamte Hand im Gegensatze zur juristischen Person eines eigenen Daseinszweckes, sie ist immer mit einem anderen ergänzenden Rechtsverhältnis (Ehe, Gesellschaftsvertrag, Miterbenverhältnis, Rechtsgemeinschaft) verbunden, aus dem sie erst ihren Zweck entnimmt.[3]) Schließlich ist bei der gesamten Hand die Scheidung zwischen

---

[1]) Sohm, Gegenstand S. 63.

[2]) vgl. die eingehenden Darlegungen von Kattausch a. a. O. S. 74—87.

[3]) Joerges a. a. O. Abt. I S. 181; ähnlich auch Gierke, GenTh. S. 343ff.

Einzelnem und Gesamtheit nicht in derartig strenger Weise wie bei der juristischen Person durchgeführt.[1])

Man möge uns nicht mißverstehen. Wenn oben eine Übertragung des Gesamthandsgedankens auf die schlichte Gemeinschaft als einzig befriedigende Lösung des Miteigentumsproblems befürwortet wurde, handelt es sich dabei nur um die Idee ungeteilter Gesamtzuständigkeit. Im übrigen darf natürlich nicht verkannt werden, daß zwischen der kommunistisch gestalteten Gesamthandschaft und dem individualistischen römischen Miteigentum wichtige geschichtliche wie praktische Unterschiede bestehen, die es verbieten, mit Auslegungsmitteln des einen Rechtsinstitutes an das andere heranzutreten. Der Vorwurf, in der Anwendung des Gesamthandsprinzipes auf die schlichte Gemeinschaft etwas zu weit zu gehen, kann m. E. Sänger[2]) nicht erspart werden.

§ 21.

Der Anteil seiner juristischen Natur nach.

Nach dem Vorausgegangenen wird es nicht mehr schwer fallen, den Anteil des einzelnen seiner juristischen Natur nach festzulegen. Das Anteilsrecht kann kein Eigentum sein, da das Eigentum nicht geteilt und mehrfaches Volleigentum an derselben Sache unmöglich ist. Der Anteil kann aus oben angegebenen Gründen auch nicht als eigentumähnliches beschränktes dingliches Recht aufgefaßt werden. Er kann nicht die Gestaltung haben, die er bei Windscheid, Steinlechner u. a. erfahren hat. Schließlich darf er nicht lediglich als Forderungsrecht angesehen werden, wie das von Diez[3]) und anscheinend auch von Plathner[4]) ohne Eingehen auf die Zuständigkeitsfrage und unter allzu einseitiger Berücksichtigung der zukünftigen Auseinandersetzung geschieht. Wir haben oben ausgeführt, daß die Gesamtheit der Genossen Subjekt des ungeteilten Rechtes ist. Der Anteil des

---

[1]) Im einzelnen führt das Kattausch a. a. O. S. 91 ff. aus.

[2]) a. a. O. S. 17.

[3]) Zur Lehre vom Miteigentum S. 27.

[4]) Miteigentum an Grundstücken, in JW. 1847 S. 213.

einzelnen ist, allgemein gesagt, das Recht, das dieser Mehrheitsberechtigung entspricht. Es ist demnach ein einheitliches Recht sui generis und seiner juristischen Natur nach ein in denkbarster Weise verselbständigtes Mitgliedschaftsrecht. Dieses Mitgliedschaftsrecht enthält in erster Linie das Mitwirkungsrecht bezüglich der unteilbaren Eigentumsbefugnisse. Doch erschöpft sich darin die Bedeutung des Anteils nicht. Es gehört dazu auch die Geltendmachung unteilbarer Befugnisse, die dem einzelnen Teilhaber mitunter in beschränktem Maße bezüglich der ganzen Sache zugesprochen ist (§§ 743, 744 Abs. 2 Satz 1). Ebenso steht es mit den Befugnissen, deren Ausübung dem einzelnen Gemeinschafter nur bezüglich seines Anteils zusteht (Verfügung, Vindikation). Schließlich bilden wohl auch die obligatorischen Beziehungen des Gemeinschafters einen Teil seines Anteilsrechtes, wenn schon diese in sehr weitgehendem Maße verselbständigt sind. Rein mitgliedschaftlichen Charakter hat nur die erste wichtigste Art von Befugnissen. Jedoch hindert uns nichts, die übrigen Befugnisse als diesem reinem Mitgliedschaftsrechte angegliedert zu betrachten.

Da der Anteil der einzelnen kein Eigentum und dem gemeinsamen Rechte nicht wesensgleich ist, dürfen prima facie die Regeln über das gemeinschaftliche Recht nicht auf das Recht des einzelnen übertragen werden. Denn es ist nicht zu rechtfertigen, wenn man es ablehnt, aus der juristischen Natur der Gemeinschaft irgendwelche Konsequenzen zu ziehen.[1]) Anderseits muß aber doch in Erwägung gezogen werden, daß alle Konstruktionen, die keine Teilung annehmen, doch etwas praeter legem herlaufen und infolgedessen zur Auslegung des Gesetzes, das in erster Linie aus seinem unmittelbaren Gehalt praktischer Regelungen zu interpretieren ist, nur mit einer gewissen Vorsicht herangezogen werden dürfen. Da nun das Gesetz die offensichtliche Tendenz hat, den Anteil des einzelnen hinsichtlich der Verkehrsfähigkeit als Sache zu behandeln und das Anteilsrecht möglichst zu verselbständigen, da es noch dazu in mehrfacher Beziehung Eigentumsvorschriften auf den Anteil für anwendbar erklärt (§§ 1095, 1106, 1114), dürfte sich im allgemeinen eine analoge Anwendung der Rechts-

---

[1]) Wie das **Männer** S. 246 N. 5 tut.

sätze über das Eigentum auf den Anteil rechtfertigen. Insbesondere richtet sich die Übertragung des Anteils nach Eigentumsgrundsätzen, wobei von Bedeutung ist, ob die gemeinschaftliche Sache beweglich ist oder nicht. Bei der Auffassung des Anteils als Mitgliedschaftsrecht läßt sich diese Scheidung zwanglos erklären.

§ 22.

Praktische Folgerungen.

Es sei zunächst kurz auf eine Folgerung hingewiesen, die sich aus unserer Gemeinschaftskonstruktion für die gesamte Hand ziehen läßt. Bekanntlich besteht dort die Streitfrage, ob, wenn im Gesamthandseigentum stehende Gegenstände in das Alleineigentum eines Gesamthänders übergehen sollen und umgekehrt, eine Eigentumsübertragung der ganzen Sache zu fordern ist, oder ob sich die Eigentumsübertragung nur auf die event. nach Köpfen zu berechnenden Anteile der übrigen Gemeinschafter zu beziehen hat. Die Vertreter ungeteilter Mitberechtigung fordern hier Übertragung der ganzen Sache. Man wird um dieses unliebsame Ergebnis herumkommen können, wenn man in Erwägung zieht, daß es sich auch bei der schlichten Gemeinschaft um ungeteilte Mitberechtigung handelt, und daß es dort unbestritten nur einer Teilauflassung bedarf. Es ist schließlich nicht einzusehen, warum nicht auch bei der gesamten Hand der Quote, die dort allerdings noch mehr in den Hintergrund tritt, eine derartig dingliche Bedeutung zugesprochen werden soll, so daß sich von einer Gesamtauflassung absehen läßt.

Unmittelbar unter unser Thema fällt dagegen die ebenfalls wiederholt erörterte Frage, ob es der Auflassung bedarf, wenn ein in schlichtem Miteigentum mehrerer stehender Gegenstand auf eine zwischen denselben Personen bestehende Gesamthandsgemeinschaft, beispielsweise eine Gesellschaft, übergehen soll. Als bei der Beantwortung der Frage maßgebend bezeichnet das Reichsgericht[1]) mit Recht den Gesichtspunkt, ob ein Wechsel des Rechtssubjektes

---

[1]) GruchotsBeitr. Bd. 38 S. 150 und RG. Bd. 30 S. 150.

stattfindet oder nicht. Trotz Verneinung des Subjektwechsels fordert dagegen eine andere Reichsgerichtsentscheidung.[1]) Auflassung mit der recht anfechtbaren Begründung, ein Wechsel in der Person der Eigentümer liege nicht vor, ein solcher sei aber zur Veräußerung auch nicht erforderlich (?), vielmehr verlange die Veräußerung nur, daß ein Eigentumsrecht ganz oder teilweise aufgegeben werde, und das sei in der vorliegenden Frage der Fall. Von unserem Standpunkte aus ist zu sagen: Gemeinschaft und gesamte Hand haben dieselbe rechtliche Struktur. Ein Subjektswechsel findet nicht statt. Es wird nur das Genossenschaftsrecht des einzelnen verselbständigt oder verunselbständigt, indem ein personenrechtliches Moment wegfällt bezw. hinzutritt. Dazu kann es aber einer Auflassung nicht bedürfen. Wir gehen jedoch nicht so weit, wie RG. Bd. 30 S. 150 das tut, wo die Stempelpflicht eines Vertrages verneint wird, bei dem ein Grundstück, das zwei Miteigentümern je zur Hälfte gehörte, an eine offene Handelsgesellschaft, an der dieselben Personen zu $^1/_2$ und $^2/_3$ beteiligt sind, übergehen soll. Die sogen. Quotenverhältnisse können, wie oben festgestellt, nur im Wege der Eigentumsübertragung geändert werden, sowohl wenn es bei einer Gemeinschaft bleibt, als auch, wenn aus dieser eine gesamte Hand wird. In dem der zitierten Reichsgerichtsentscheidung zugrunde liegenden Falle fordern wir daher, soweit sich die Bruchteile ändern sollen, Auflassung. Dies Ergebnis dürfte den praktischen Bedürfnissen durchaus gerecht werden. Anderer Ansicht ist der überwiegende Teil der Literatur, der in allen Fällen auch ohne Bruchteilsänderung Gesamtauflassung fordert.[2]) Zu dem hier vertretenen Ergebnis gelangen dagegen auch unsere Antipoden, die Vertreter geteilter Mitberechtigung bei der gesamten Hand, deren Ergebnisse sich

---

[1]) RG. Bd. 56 S. 96 ff.

[2]) Biermann § 925 Bem. 4; Gierke, GenTh. S. 515 N. 4; ders., Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 23; Gutbrod, Oblig. Grundstücksveräußerungsvertrag S. 79; Kattausch a. a. O. S. 490; Fuchs a. a. O. S. 211; Hermann Meyer a. a. O. S. 41; Oberneck a. a. O. Bd. 1 S. 321; Planck § 925 Bem. 3; Komm. d. RGRäte § 925 Bem. 4; Turnau-Förster a. a. O. S. 450; RGE. Bd. 56 S. 96, 299 ff., 432, Bd. 57 S. 434, Bd. 65 S. 233; OLG. (Kiel) Bd. 13 S. 23.

überhaupt vielfach mit den unseren berühren.[1]) Einige in gleichem Sinne gehaltene Entscheidungen der älteren Praxis[2]) müssen von ihrem Standpunkte aus als inkonsequent bezeichnet werden.

Wenn ein Miteigentümer sich versehentlich zur Übertragung der ganzen Sache verpflichtet, so fragt sich, ob er wenigstens zur Übertragung seines Anteils verpflichtet ist. Ich halte den ganzen Vertrag für nichtig;[3]) weniger jedoch aus dem Grunde, weil der Anteil rechtlich nicht im Verhältnis des Minus zu dem ganzen Recht steht, sondern in Berücksichtigung dessen, daß er auch wirtschaftlich nicht als Teil der geschuldeten Leistung angesprochen werden kann. Unter dem gleichen Gesichtspunkte entscheidet sich der Fall, daß ein Nichteigentümer eine Sache zwei Erwerbern zum Miteigentum veräußert, von denen der eine gutgläubig, der andere bösgläubig ist.[4]) Hier macht auch der Gutgläubige keinen Erwerb. Rechtlich wie wirtschaftlich handelt es sich nur um eine Übertragung der ganzen Sache. Es wird dem Gutgläubigen wenig daran gelegen sein, mit irgendeinem fremden Menschen in ein Gemeinschaftsverhältnis zu treten. Die Erwägung, daß ihm der bösgläubige Miterwerber ja auch durch Veräußerung seines Anteils einen solchen hätte aufdrängen können, wird die Entscheidung kaum beeinflussen können.

Die schwierigste der hier auftauchenden, mit dem Miteigentumsstreite im Zusammenhang stehenden Fragen ist die, ob wegen einer auf einem gemeinschaftlichen Grundstücke lastenden Grundschuld die Zwangsvollstreckung in einen Miteigentümeranteil betrieben werden kann oder nicht, womit unmittelbar die weitere Frage zusammenhängt, ob die Miteigentümer in dem Prozesse notwendige Streitgenossen sind. Die Entscheidung kompliziert sich dadurch, daß bei ihr prinzipielle Zweifel über die Rechtsnatur der Grundschuld (Realobligation oder nicht) mitspielen. Aus diesem Grunde muß hier auf eine Behandlung dieser Frage verzichtet werden. Es sei nur darauf hingewiesen, daß nicht mit der ein-

---

[1]) z. B. Nagler a. a. O. S. 744, 745; Schnell a. a. O. S. 68.

[2]) RG. Bd. 36, S. 150 ff., Bd. 38 S. 1065, Bd. 43 S. 202.

[3]) Sänger a. a. O. S. 130.

[4]) Sänger a. a. O. S. 130.

zigen Reichsgerichtsentscheidung in der Frage[1]) argumentiert werden darf, der Anteil sei im Verhältnis zum Ganzen kein aliud, sondern ein minus, und aus diesem Grunde könne der Grundschuldgläubiger auch aus dem Miteigentümeranteile Befriedigung suchen.

§ 23.

Miteigentum und andere Gemeinschaften.

Von dem Miteigentume aus als dem Hauptanwendungsfalle der Gemeinschaft kann geschlossen werden, daß es sich auch im Falle einer „Bruchteilsgemeinschaft" anderer Rechte um ungeteilte Gesamtzuständigkeit handelt.

Fischer-Henle[2]) nehmen merkwürdigerweise beim Miteigentum Geteiltheit des Rechtes, bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen Ungeteiltheit an. Das ist inkonsequent. Auch hätte, wenn schon geschieden wird, eine umgekehrte Unterscheidung eigentlich viel näher gelegen.

Da es sich in allen Fällen der Gemeinschaft um Gesamtzuständigkeit handelt, bleibt, wenn ein teilbares Recht (z. B. Forderungen) vorliegt und dieses Recht auch wirklich geteilt ist, für die Anwendung der Gemeinschaftsnormen kein Raum.

---

[1]) RG. Bd. 20 S. 270 ff.

[2]) § 741 Bem. 1, § 1008 Bem. 3.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich, Ernst Boesebeck, preußischer Staatsangehörigkeit, evangelischer Religion, wurde am 1. Juni 1892 in Frankfurt a. M. geboren.

Infolge wiederholter Versetzung meines Vaters, des jetzigen Postdirektors Boesebeck, besuchte ich nach Absolvierung der Vorschule das Domgymnasium in Magdeburg, darauf das Prinz-Heinrich-Gymnasium in Berlin und schließlich das Domgymnasium in Merseburg, wo ich im März 1910 unter Befreiung von der mündlichen Prüfung das Zeugnis der Reife erhielt.

Das Studium der Rechtswissenschaft begann ich an der Universität Marburg, wo ich zwei Semester blieb. Darauf studierte ich weitere zwei Semester an der Universität München. Die beiden letzten Semester vollendete ich meine Studien in Marburg. Während meiner Universitätszeit hörte ich Vorlesungen insbesondere bei den Professoren v. Amira, André, v. Birkmeyer, Brentano, Enneccerus, Heymann, Hellmann, F. Leonhard, Schücking, v. Seuffert, Träger.

Am 19. Juli 1913 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor der Prüfungskommission am Kgl. Oberlandesgericht Kassel mit dem Prädikat „gut".

Seit dem 1. August 1913 befinde ich mich im Vorbereitungsdienste bei dem Kgl. Amtsgericht in Bad Homburg v. d. H.

Am 27. Mai 1914 bestand ich die mündliche Doktorprüfung cum laude.